جامعة النجاح الوطنية

كلية الدراسات العليا

التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه

(دراسة مقارنة)

إعداد

حازم ظاهر عرسان صالح

إشراف

الدكتور علي السرطاوي

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.

2011

التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه

(دراسة مقارنة)

اعداد

حازم ظاهر عرسان صالح

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ: 2011/7/10 م، وأجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة		التوقيـــع
1. د. علي السرطاوي	مشرفاً ورئيساً	....
2. د. غسان خالد	ممتحناً داخلياً	....
3. د. خالد تلاحمه	ممتحناً خارجياً	....

الإهداء

إلى من احترق تحت الشمس ليجعل لي مكاناً تحتها............ أبي العزيز

إلى رمز الحنان والعطاء والبذل والتضحية .... أمي الحنون

إلى من كانوا عوناً لي في جميع محطات حياتي....... إخوتي وزوجتي وأهلي جميعاً

إلى من كتبوا بدمهم الطاهر تاريخ الوطن............ الشهداء الأبرار

شكر وتقدير

أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى الدكتور الفاضل علي السرطاوي لقبوله الإشراف على رسالتي هذه، فلولا توجيهاته القيمة لي وصبره الجميل علي لما استطعت انجازها.

كما أتقدم بالشكر الموصول لأعضاء لجنة المناقشة الدكتور غسان خالد والدكتور خالد التلاحمة و لجميع الأساتذة الأفاضل أعضاء الهيئة التدريسية في كلية القانون في جامعة النجاح الوطنية وأخص بالذكر منهم الدكتور أكرم داوود الذي كان وما زال عوناً لكل من أحتاج العون.

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان :

التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه

(دراسة مقارنة)

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم لنيل أية درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى .

Declaration

is ، unless otherwise referenced ،The work provided in this thesis and has not been submitted elsewhere for any ،the researcher's own work other degree or qualification.

Student's Name : **اسم الطالب :**

Signature : **التوقيع :**

Date: **التاريخ :**

فهرس المحتويات

التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه

"دراسة مقارنة"

إعداد

حازم ظاهر عرسان صالح

إشراف

د. علي السرطاوي

الملخص

تتناول هذه الرسالة موضوع التعويض المستحق في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه، باعتباره يمثل أحد حالات استحقاق التعويض في إطار المسؤولية العقدية، وتوزعت دراستها بين أحكام القانون المدني المقارن، وأحكام الفقه الإسلامي المعاصر، حيث يقسم هذا النوع من التعويض وفقاً لأحكام القانون المدني المقارن إلى نوعين، أولهما، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه بوجه عام، أياً كان هذا الالتزام، سواء أكان التزاماً بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو تسليم شيء ما، أما النوع الثاني، فهو التعويض المستحق عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه المتمثل بأداء مبلغ من النقود، وهو ما اصطلح على تسميته بالفائدة القانونية أو بفائدة التأخير، كما أن لهذا النوع من التعويض علاقة بأحكام الفقه الإسلامي المعاصر، التي تتناوله بالدراسة تحت مسمى أحكام المدين المماطل، وتركز في تناولها له على النوع الثاني، وهو التعويض المستحق في حال تأخر المدين في الوفاء بدينه بمبلغ من النقود عن الموعد المتفق عليه.

لذلك قام الباحث بتناول هذا النوع من التعويض في هذه الرسالة في فصلين، خصص الفصل الأول منها لدراسة مفهوم التعويض من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية، وشروط استحقاق التعويض في إطار المسؤولية العقدية، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية والإعذار، وأنواع التعويض، وهي التعويض الاتفاقي والقانوني والقضائي، كما تم دراسة حالات استحقاق التعويض المتمثلة بعدم تنفيذ المدين لالتزامه وتنفيذه تنفيذاً معيباً والتأخر فيه، وكانت الغاية من ذلك، وضع التعويض عن التأخير ضمن سياقه القانوني الصحيح، بتحديد موقعه من أحكام التعويض في إطار المسؤولية العقدية، وهذه المواضيع تم تناولها في المبحث الأول من الفصل الأول، أما المبحث الثاني، فقد تم تخصيصه لدراسة موقف الفقه الإسلامي المعاصر من هذا

النوع من التعويض، الذي انقسم بين مؤيد ورافض له، ولأن القوانين المدنية العربية المقارنة اختلفت مواقفها منه، لذلك تم البحث في هذه المسألة وتصنيف بعض هذه القوانين حسب موقفها من هذا النوع من التعويض إلى ثلاثة اتجاهات، الاتجاه الأول، القوانين التي رفضت الأخذ بالتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام وبالفائدة القانونية، ويمثل هذا الاتجاه القانون المدني الأردني، أما الاتجاه الثاني، فهو القوانين التي أخذت بكلا النوعين، وهو القانون المدني المصري وقانون الموجبات والعقود اللبناني، والاتجاه الثالث، القوانين التي أخذت بالنوع الأول دون الثاني، وشمل ذلك القانون المدني اليمني والكويتي والإماراتي، ومشروع القانون المدني الفلسطيني.

أما في الفصل الثاني، فقد قام الباحث بدراسة شروط استحقاق التعويض عن التأخير وما يرتبط به من أحكام، وكيفية حساب مقداره والتي تتوزع بين التعويض الاتفاقي والقانوني والقضائي، وهذه المواضيع، حواها المبحث الأول من الفصل الثاني، أما في المبحث الثاني، فتم فيه تمييز التعويض عن التأخير عن غيره من الأنظمة القانونية الشبيهة به، وتم تحديد هذه الأنظمة بثلاثة، هي الغرامة التهديدية، وفائدة القرض، والتعويض الاتفاقي.

وفي النهاية وضع الباحث خاتمة، حدد فيها الاستنتاجات التي توصل إليها حول هذا النوع من التعويض، والتوصيات التي تمثل خلاصة البحث في هذا الموضوع.

المقدمة:

يعتبر العقد أحد مصادر الالتزام أو أحد مصادر الحق الشخصي، ومن أكثرها إنشاءً للالتزامات، فعندما ينعقد العقد صحيحاً فإنه يترتب العديد من الالتزامات في ذمة طرفيه أو أطرافه عند تعددهم، والذي يحدد هذه الالتزامات أطراف العقد بصورة لا تخالف القواعد القانونية الآمرة التي يجب احترامها ولا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على ما يخالف حكمها، وعند وجود نقص في بنود العقد التي تحدد الالتزامات فإن القواعد القانونية المكملة تتدخل لسد هذا النقص ببيان الطرف الواجب عليه القيام بالالتزام، الذي لم يرد النص عليه في العقد.

وإذا تخلف أي طرف من أطراف العقد في تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه تجاه الطرف الآخر، عندئذ تنهض في مواجهته المسؤولية العقدية، فالمسؤولية العقدية هي جزاء عدم تنفيذ العقد، ولقيام المسؤولية العقدية يفترض وجود عقد صحيح واجب التنفيذ ولم يقم المدين بهذا التنفيذ[1]، إلى جانب عدم تنفيذ المدين لالتزامه قد يقوم بتنفيذه ولكن تنفيذه يكون معيباً، أي ليس بالصورة المطلوبة المتفق عليها، وقد يتأخر المدين في عملية التنفيذ عن الوقت المطلوب منه تنفيذ التزامه فيه. فإذا توفرت أي حالة من الحالات الثلاث المذكورة عندئذ يكون من حق الدائن المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية.

وما سيتم دراسته في هذه الرسالة تفصيلاً هي الحالة الثالثة من حالات استحقاق التعويض، وهي الحالة التي يتأخر فيها المدين في تنفيذ التزامه العقدي، والتي يتفرع منها التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام، والتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بأداء مبلغ من المال أو ما اصطلح على تسميته بالفائدة القانونية، ويشمل دراسة هذا النوع من التعويض، تحديد مفهوم التعويض في إطار المسؤولية العقدية، وشروطه وحالات استحقاقه، وذلك من أجل بيان مكان هذا النوع من التعويض في إطار المسؤولية العقدية.

---

[1] الطباخ، شريف: **التعويض عن الإخلال بالعقد (التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه)**. مصر: دار الفكر والقانون. 2008. ص 209.

أهمية الدراسة:

يعتبر التعويض أحد المواضيع المهمة في إطار المسؤولية العقدية بعد التنفيذ العيني للالتزام، الذي يحتل المرتبة الأولى في الأهمية باعتباره يمثل الغاية المرجوة من وراء العقد، ولكن في ظل غياب التنفيذ أو تأخره، تبرز أهمية التعويض كونه الوسيلة التي من خلالها يتم جبر الضرر الذي يصيب الدائن، وينصب البحث في هذه الرسالة على التعويض الذي يستحقه الدائن في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وتتبع أهمية هذه الرسالة من كونها تتناول موضوعاً محل خلاف بين الفقهاء المسلمين المعاصرين، فهنالك من يرى جواز التعويض في حال تأخر المدين في الوفاء بالتزامه، وله في ذلك مبررات وأسانيد، وفي المقابل هنالك من يرى عكس ذلك معتمداً في وجهة نظره على ما لديه من حجج وأدلة، وكذلك الحال بالنسبة للقوانين المدنية العربية، التي اختلفت مواقفها من هذا النوع من التعويض، ومنها القانون المدني المصري الذي نص على الأحكام الخاصة به، في مقابل القانون المدني الأردني الذي لم يعالجه، كما تبرز أهمية هذا الموضوع من كونه يتناول بالدراسة التنظيم القانوني لهذا النوع التعويض في الواقع الفلسطيني وتحديداً في الضفة الغربية، في ظل وجود خليط من القوانين والأنظمة المطبقة.

فمن خلال هذه الدراسة سيتم توضيح الأحكام الخاصة بهذا النوع من التعويض وبيان موقف الفقه الإسلامي منه، ومواقف بعض القوانين المدنية العربية المقارنة، إلى جانب مشروع القانون المدني الفلسطيني.

مشكلة الدراسة وأسئلتها:

تثير دراسة التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه العديد من الإشكاليات، منها ما يتعلق بالأحكام الخاصة به التي وردت في القوانين التي أخذت به، ومنها ما يتعلق بالمبررات الفقهية التي يستند إليها من يرى جواز الأخذ به من الفقهاء المسلمين المعاصرين، أو من يرفضه ويقول بحرمته، إذ يمكن تحديد مشكلة الدراسة والأسئلة المرتبطة بها، بالآتي:

1- في ظل الأحكام الخاصة بالتعويض الواردة في القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948[1] وفي القانون المدني القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976[2]، هل يستطيع الدائن مطالبة مدينه بالتعويض في تأخره في تنفيذ التزامه، وهل يشمل ذلك جميع الالتزامات سواء كانت التزاماً بالقيام بعمل أو التزاماً بالامتناع عن القيام بعمل والالتزام بدفع مبلغ من النقود ؟ وهل يشترط لاستحقاق هذا النوع من التعويض وقوع ضرر في جانب المدين وإثباته، أم يكفي مجرد التأخير في التنفيذ لاستحقاق التعويض؟ وهل يمكن للمدين أن ينفي وقوع ضرر في جانب الدائن ليتجنب الحكم بالتعويض أم أن هذا الافتراض لا يقبل إثبات العكس؟ وهل مقدار هذا النوع من التعويض مرتبط بحجم الضرر أم لا؟

2- بالاعتماد على الأحكام الواردة في نظام المرابحة العثماني ما هي نقطة البداية لاحتساب الفائدة القانونية، هل يبدأ احتساب الفائدة القانونية، من تاريخ استحقاق الدين أم من تاريخ المطالبة، أم من تاريخ الإنذار؟

3- انقسم الفقه الإسلامي حول التعويض الذي يستحقه الدائن في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه إذا كان ذلك الالتزام دفع مبلغ من المال، فهنالك اتجاه من الفقه اعتبر التعويض الذي يستحقه الدائن في هذه الحالة ربا لا يجوز دفعه، واتجاه آخر أجاز الأخذ به واستند في ذلك إلى العديد من الأدلة، وبالتالي يعتبر هذا الموضوع محل خلاف في الفقه الإسلامي.

أهداف الدراسة:

تسعى هذه الرسالة إلى تسليط الضوء على الأحكام الخاصة بالتعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه ودراستها من مختلف جوانبها القانونية والفقهية، والكشف عن جوانب النقص والاختلاف في القوانين المدنية محل الدراسة وصولاً إلى نتائج واقتراحات تساعد في تدارك جوانب الخلل فيها، ومن أهداف هذه الرسالة ما يأتي:

---

[1] نشر هذا القانون في العدد (108) مكرر (1) من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 29/يوليه/1948.

[2] نشر هذا القانون في الصفحة (2) من العدد (2645) من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1976/8/1.

1- الوقوف على الأسباب والمبررات القانونية التي اعتمد عليها المشرع الأردني في تجاهلـه للنص على الأحكام الخاصة بالتعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وتقييم هذا الموقف في ضوء أحكام التعويض الواردة في القانون المدني الأردني بصورة عامة.

2- البحث في الأحكام الخاصة بالتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام المطبقة فـي المحـاكم الفلسطينية في الضفة الغربية، وتحديداً فيما يخص الفائدة القانونية، وبيان ما يعتري هذه الأحكام من جوانب نقص تحتاج إلى معالجة.

3- التعرف على موقف المشرع المصري من التعويض عن تأخر المدين في تنفيـذ التزامـه، وتحديد أنواع الالتزامات التي إذا تأخر المدين في تنفيذها فإن من حق الدائن عنـدها المطالبـة بالتعويض، خاصة وأنه يتبين من ظاهر النصوص أن هنالك نوعين من التعويض عن التـأخير تبعاً لنوع الالتزام. وبيان موقف بعض القوانين المدنية العربية المقارنة مـن هـذا النـوع مـن التعويض، ومن ذلك موقف القانون المدني اليمني والكويتي والإماراتي واللبناني.

4- دراسة أحكام التعويض في الفقه الإسلامي والتركيز على موضوع التعويض عـن تـأخر المدين في تنفيذ التزامه من خلال البحث في الآراء الفقهية التي قالت بالأخذ به والبحث كذلك في آراء الفقهاء الذين رفضوا هذا النوع من التعويض، والأسانيد والحجج التي اعتمد عليهـا كـل فريق.

5- في ظل وجود مشروع للقانون المدني الفلسطيني سيتم في هذه الرسالة البحث في الأحكـام الخاصة بهذا النوع من التعويض فيها، وتحديد موقفها منه .

6- تمييز التعويض عن التأخير، بشقيه الفائدة القانونية والتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام، عن غيره من الأنظمة القانونية الشبيهة به، وبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بين هـذا النوع من التعويض وكل واحد من تلك الأنظمة.

منهاج البحث:

سيتم من خلال هذه الرسالة دراسة الأحكام الخاصة بالتعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه في القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري والأنظمة الخاصة المعمول بها في فلسطين (الضفة الغربية) والتعرض لما هو موجود في مشروع القانون المدني الفلسطيني من أحكام خاصة بهذا النوع من التعويض، وفي بعض القوانين المدنية العربية المقارنة، لذلك سيتم إتباع المنهج الوصفي التحليلي والمقارن، فمن خلال المنهج الوصفي التحليلي سيتم الوقوف عند النصوص القانونية التي عالجت التعويض بصورة عامة والتعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه بصورة خاصة، من أجل التعرف على كل الجوانب القانونية الخاصة بكل قانون من القوانين محل الدراسة.

ومن خلال المنهج المقارن سيتم مقارنة القانون المدني الأردني بالقانون المدني المصري وبمجلة الأحكام العدلية وبالأنظمة الخاصة بهذا النوع من التعويض، المطبقة في فلسطين (الضفة الغربية)، وببعض القوانين المدنية العربية في بعض الجوانب، وستتم عملية المقارنة على ثلاث مستويات، المستوى الأول، المقارنة على مستوى النص القانوني، والمستوى الثاني، مستوى آراء الفقهاء الذين تعرضوا لشرح هذه القوانين، والمستوى الثالث، مستوى أحكام المحاكم التي جاءت تطبيقاً عملياً لما ورد في تلك القوانين.

فمن خلال المنهج الوصفي التحليلي والمقارن سيتم تحديد نقاط الاتفاق ونقاط الاختلاف الموجودة بين تلك القوانين، وبيان مزايا وعيوب كل قانون منها.

الدراسات السابقة:

عند البحث في موضوع التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه في المراجع، يتبين بأنه قد تمت دراسته والتعرض له في إطار البحث في التعويض في المسؤولية العقدية باعتباره أحد حالات استحقاق التعويض، ويظهر في تلك المراجع أنها قد ركزت اهتمامها على الصورة الخاصة للتعويض عن التأخير والتي تتمثل في تأخر المدين في تنفيذ التزامه العقدي الذي يكون

محله أداء مبلغ من النقود، والتي اصطلح على تسميتها بالفائدة القانونية، هذا بالنسبة لمراجع القانون المدني المصري، أما بالنسبة للمراجع التي شرحت القانون المدني الأردني لم تتطرق لهذا النوع من التعويض لأن القانون المدني الأردني لم ينص عليه، كما أنه قد تم البحث فيه في إطار الأحكام الخاصة بالمماطلة في الفقه الإسلامي، ومن هذه الدراسات التي تناولت هذا الموضوع ما يلي :

1- **الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، د. محمد وحيد الدين سوار:** تناول المؤلف في هذا المرجع العديد من الأمور التي نظمها القانون المدني الأردني بأسلوب المقارنة بين ما عليه الحال في القانون المدني الأردني والقوانين المدنية العربية الأخرى والفقه الإسلامي، فتعرض لموضوع التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه من زاوية البحث في الأسباب القانونية التي تقف وراء تجاهل المشرع الأردني لهذا النوع من التعويض، وكذلك عرض بإيجاز لموقف الفقه الإسلامي منه ولموقف بعض القوانين العربية، وهذا المرجع مختص بالقانون المدني الأردني والمقارنة التي تمت فيه كانت جزئية وبسيطة، ولم يتناول المؤلف القوانين والأنظمة المعمول بها في فلسطين (الضفة الغربية). وهذا ما سيتم تناوله في هذه الرسالة.

2- **الفائدة موقعها بين التشريع والشريعة وتأثيرها في الحياة الإقتصادية، محمود عدنان مكيّة:** تم في هذا المرجع دراسة الفائدة من الناحيتين الإقتصادية والقانونية بالاعتماد على قانون الموجبات والعقود اللبناني، وركز من الناحية القانونية على الفائدة التي يستحقها الدائن في حال تأخر المدين عن تنفيذ التزامه الذي يكون محله أداء مبلغ من النقود، إلى جانب ما سماه ببدل التأخير وهو التعويض الذي يستحقه الدائن في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه الذي لا يكون أداء مبلغ من النقود، وعرض كذلك لشروط استحقاق هذا النوع من التعويض.

3- **التعويض عن الإخلال بالعقد (التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه)، شريف الطباخ:** اعتمد المؤلف في هذا المرجع على نص المادة (226) من القانون المدني المصري في دراسته للأحكام الخاصة بالتعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وخصص حديثه في هذا الموضوع حول الفائدة القانونية التي يستحقها الدائن في حال تأخر

المدين في أداء المبالغ النقدية المستحقة في ذمته، وعرض لشروط استحقاقها مع تطبيقات قضائية حول هذا الموضوع من خلال ما أورده من أحكام قضائية صادرة عن المحاكم المصرية، دون أن يتطرق للتعويض الذي يستحقه الدائن في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه إذا كان ذلك الالتزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عن القيام بعمل ما، وهذا ما سيتم دراسته.

4- **أحكام المدين المماطل في الفقه الإسلامي**. (رسالة ماجستير غير منشورة)، **أحمد أسعد شرف**. تناول فيها المؤلف الأحكام الخاصة بالتأخير في تنفيذ الالتزام بأداء مبلغ من النقود، وقد تم التركيز فيها على الحكم الخاص في حال تقاضي البنوك الإسلامية لأي تعويض (زيادة على أصل الدين) عن تأخر العميل في سداد دينه عن الموعد المتفق عليه، وذلك في إطار أحكام الفقه الإسلامي وآراء الفقهاء التي انقسمت بين مؤيد ورافض، فهي دراسة فقهية بالدرجة الأولى والأخيرة، فلم يتطرق فيها الباحث لحكم هذا النوع من التعويض في القانون المدني ولا للحكم الخاص بالتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام. وهذا ما سيتم بحثه في هذه الرسالة.

خطة البحث :

تتكون خطة هذه الرسالة من فصلين، يتناول الفصل الأول الأساس القانوني للتعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، ويتكون من مبحثين، المبحث الأول خصص للبحث في مفهوم التعويض وأنواعه وشروطه وحالات استحقاقه، أما المبحث الثاني، فخصص للبحث في موقف الفقهاء المسلمين المعاصرين من التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام ولدراسة مواقف بعض القانونين المدنية العربية المقارنة من هذا النوع من التعويض، أما الفصل الثاني فيتناول أحكام التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، ويتكون من مبحثين، المبحث الأول سيتم فيه تحديد الشروط الواجب توفرها لاستحقاق التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام وكيفية تقديره، أما المبحث الثاني مخصص للتمييز بين التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام وبين غيره من الأنظمة القانونية الشبيهة به.

الفصل الأول

الأساس القانوني للتعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه

المبحث الأول: مفهوم التعويض في إطار المسؤولية العقدية وشروط استحقاقه وحالاته

يتناول هذا المبحث بالدراسة التعويض من حيث المفهوم، وذلك من خلال البحث عن معناه اللغوي والاصطلاحي الوارد في كتب اللغة والفقه، من خلال التعرض للعديد من التعريفات التي حاول واضعوها تحديد مفهوم التعويض، وكذلك دراسة العلاقة القائمة بين مصطلحي التعويض والضمان فيما إذا كانا يؤديان نفس المعنى أم لا؟ ودراسة أنوع التعويض وطرق تقديره، وكذلك سيتم البحث في شروط استحقاق التعويض في إطار المسؤولية العقدية والمتمثلة بالخطأ العقدي والضرر وعلاقة السببية والإعذار، وما يتفرع عن دراسة هذه الشروط من مسائل قانونية، وحتى تكون دراسة التعويض شاملة ستكون أنواع التعويض الثلاث، القضائي والاتفاقي والقانوني وحالات استحقاقه محلاً للدراسة والبحث، وتتوزع دراسة هذه المواضع على مطلبين، يتناول المطلب الأول، مفهوم التعويض وأنواعه، أما المطلب الثاني، فيتناول شروط استحقاق التعويض في إطار المسؤولية العقدية وحالاته.

المطلب الأول: مفهوم التعويض وأنواعه

يرتبط المعنى الاصطلاحي للتعويض الوارد في كتب الفقه بمعناه اللغوي، ولتحديد وبيان هذه العلاقة لا بد من البحث في كلا المعنيين على حدا، ومن ثم الربط بينهما، ويتفرع التعويض من الناحية القانونية من حيث الطريقة التي يتم فيها تحديد مقداره إلى ثلاثة أنوع، هي التعويض القضائي، الذي يتولى القاضي أمر تقديره، والتعويض الاتفاقي الذي يحدد مقداره طرفا العقد ويكون للقاضي أحياناً سلطة تعديله، والتعويض القانوني الذي ينفرد المشرع في تحديد مقداره دون أن يكون للمحكمة أو لأطراف العقد في الغالب دور فيه، وفي الفرعين التاليين سيتم دراسة هذه المواضيع.

الفرع الأول: مفهوم التعويض

التعويض لغة، قبل الخوض في المعنى الاصطلاحي للتعويض لا بد أولاً من البحث في المعنى اللغوي له، فالأصل اللغوي لكلمة التعويض هو العِوضُ، والعوض معناه البَدلُ والخَلَفُ ويقال (عاضَهُ) بكذا وعنه ومنه- عَوضاً: أعطاه إياه بدل ما ذهب منه، فهو عائض.[1]

ومن ذلك أيضاً أن العِوَض يعني البدل، وتعوّض منه، واعتاض: أخذ العوض، وعاضه أصاب منه العوض، وعُضتُ: أصبت عِوضاً[2].

مما سبق يتبين أن المعنى اللغوي لمصطلح التعويض عند البحث في أصله الثلاثي وهو (العِوض) يأتي بمعنى البدل والخلف بأن يقوم شيء مقام شيء آخر، وعند الربط ما بين المعنى اللغوي للتعويض ومعناه الاصطلاحي تظهر العلاقة بينهما.

أما التعويض اصطلاحاً، فيعرّف بأنه عبارة عن مبلغ من النقود، أو أي ترضية من جنس الضرر، يساوي المنفعة التي كان يحصل عليها الدائن لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يقضي به مبدأ حسن النية في التعامل[3].

ويعرّف كذلك التعويض بأنه: الحق الذي يثبت للدائن نتيجة لإخلال مدينه بتنفيذ التزامه، والذي قد يتخذ شكل النقد أو أية ترضية معادلة للمنفعة التي سينالها الدائن، ولو لم يحصل الإخلال بالالتزام من جانب المدين[4].

مما سبق يتبين بأنه يوجد علاقة ما بين المعنى اللغوي للتعويض ومعناه الاصطلاحي، ذلك أن معناه اللغوي يشير إلى أنه البدل والخلف ومعناه الاصطلاحي يفيد بأن التعويض يمثل

---

[1] **المعجم الوسيط،** ج2. مصر: مطبعة مصر. 1961. ص 643 .

[2] أبن منظور، العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم. **معجم لسان العرب.** م 7. بيروت – لبنان: دار صادر. ص 192.

[3] د. الذنون، حسن علي ود. الرحو، محمد سعيد: **الوجيز في النظرية العامة للالتزام.** ج2. ط 1. عمان – الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع. 2004. ص91.

[4] د. الحسناوي، حسن حنتوش رشيد: **التعويض القضائي في المسؤولية العقدية.** دون ط. عمان– الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1999. ص 39.

للدائن البديل الذي يحصل عليه ليخلف المال الذي تسبب المدين بفقدانه من الدائن بسبب إخـــلال المدين بتنفيذ التزامه.

وبكلمات مختصرة وبمعنى آخر يعرّف التعويض على أنه جـــزاء المســـؤولية عنـــد القول: أن جزاء المسؤولية هو التعويض[1]. يستشف من هذا التعريف بأن التعويض بمثابة عقوبة تقع على الشخص المطالب بأدائه (أي المدين) جزاء له على إخلاله بتنفيذ التزامه، مع أن الغاية من التعويض في المقام الأول تتمثل في محاولة جبر الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة لتقصـــير المدين في تنفيذ ما عليه من التزامات تجاه الدائن.

أما عن تعريف التعويض في القانون فإن المشرعين الأردني والمصري لـــم يضـــعا تعريفاً له، وهذا ما يتماشي مع المنهج التشـــريعي الســـليم الـــذي يتجنـــب وضـــع التعريفـــات للمصطلحات القانونية ويترك ذلك للفقه، لأن من أهم ما يجب أن يتسم به التعريف بـــأن يكـــون جامعاً مانعاً، جامعاً لكل عناصر الشيء المعرف ومانعاً من دخول عناصر غريبة عنه، وحســـناً فعل المشرع عندما تجنب وضع تعريف لمصطلح التعويض.

فبالعودة إلى نصوص القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976[2] التـــي نظمـــت الأحكام الخاصة بالتعويض في إطار المسؤولية العقدية، يتبين بأنها لم تعرّف التعـــويض وإنمـــا أكتفت ببيان الأحكام الخاصة به من حيث حالات استحقاقه وأنواعه ، كما يلاحظ على المشـــرع الأردني أنه استعمل مصطلحين للدلالة على التعويض، هما، التنفيذ بطريق التعويض ومصـــطلح الضمان تأثراً بالفقه الإسلامي، وذلك في المواد من (360) وحتى المادة (364) مـــن القـــانون المذكور، مع الفارق الموجود بين هذين المصطلحين والذي سيتم توضيحه في هذا الجـــزء مـــن الرسالة عند البحث في مفهوم التعويض في الفقه الإسلامي ، أما قانون التجارة الأردنـــي رقـــم (12) لسنة 1966[3] فقد استعمل المشرع الأردني فيه مصطلح التعويض فقط، حيث جـــاء فـــي

---

[1] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1) نظرية الالتزام بوجـــه عـــام (مصـــادر الالتزام)**. مجلد2. ط3. بيروت– لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. 2000. ص 1090.

[2] نشر هذا القانون في الصفحة (2) من العدد (2645) من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1976/8/1.

[3] نشر هذا القانون في الصفحة (472) من العدد (1910) في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ (1966/3/30).

المادة (97) ما يلي:((إن الموكل الذي يلغي الوكالة وكذلك الوكيل بالعمولة الذي ينكل عن وكالته يلزم بالتعويض إذا وقع الإلغاء أول النكول بدون سبب مشروع)).

وكذلك الحال في القانون المدني المصري رقم (131) لسنة1948[1] ، إذ أن المشرع المصري لم يضع تعريفاً للتعويض وإنما اكتفى بمعالجة الأحكام الخاصة به بأن حدد أنواعه، وهي التعويض القانوني الذي يحدده القانون، والتعويض القضائي الذي يقدره القاضي، والتعويض الاتفاقي الذي يحدده أطراف العقد وينظمه القانون، ومن نقاط الاختلاف الموجودة بين القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري على مستوى الأحكام الخاصة بالتعويض والمرتبطة بالموضوع الرئيسي لهذه الرسالة، هو أن القانون المدني المصري قد أخذ بالتعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه إذا كان الالتزام المطلوب تنفيذه هو دفع مبلغ من المال وفقاً لما نصت عليه المادة (226) بينما تجاهل القانون المدني الأردني النص على مثل هذا الحكم.

أما بالنسبة لمجلة الأحكام العدلية فهي لم تضع تعريفاً للتعويض أو للضمان – كما تسميه– فهي بذلك تكون قد سارت على النهج الموجود في القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري، إلى جانب ذلك لا يوجد في مجلة الأحكام العدلية أحكاماً عامة للتعويض في إطار المسؤولية العقدية كما هو الحال في القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري، دون إنكار أنه قد ورد في مجلة الأحكام العدلية نصوصاً عامة تتعلق بوجوب التعويض عن الضرر، ومن ذلك ما تنص عليه المادة (20) من المجلة بأن ((الضرر يزال)) وفي شرح هذه المادة يقول الأستاذ علي حيدر: ((لأن الضرر ظلم وغدر والواجب عدم إيقاعه. وإقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع أيضاً فيجب إزالته فتجويز خيار التعيين، وخيار الرؤية، وخيار النقد، وخيار الغبن، والتغرير، ورد المبيع بخيار الشرط، والحجر والشفعة، وتضمين المال المتلف للمتلف، والإجبار على قسمة الأموال المشتركة إنما هو بقصد إزالة الضرر))[2] وتمثل هذه المادة

[1] نشر هذا القانون في العدد (108) مكرر (1) من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 29/يوليه/1948.

[2] حيدر، علي: **درر الحكام شرح مجلة الأحكام.** مجلد1. دون ط. بيروت– لبنان: دار الكتب العلمية. دون سنة نشر. ص 33.

قاعدة فقهية تعبر عن وجوب إزالة الضرر وآثاره[1]، وهنالك نصوص أخرى واردة في مجلة الأحكام العدلية لها علاقة بموضوع التعويض منها المادة (33) والتي تنص على أن ((الاضطرار لا يبطل حق الغير)) ومثال ذلك إذا اضطر إنسان لأكل طعام غيره بسبب الجوع فإنه يلزم بتعويض صاحب الطعام[2]، وهذا الحكم يتعلق بالتعويض الواجب في المسؤولية التقصيرية لا العقدية.

وتمثل المادتان (85 و 86) في مجلة الأحكام العدلية مبادئ عامة للتعويض في إطار المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، إذ تنص المادة (85) على أن ((الخراج بالضمان)) وتنص المادة (86) على أن ((الأجر والضمان لا يجتمعان))، فمقتضى المادة (85) أنه طالما كان حائز الشيء مسؤولاً عن تعويض مالكه في حال تلف ذلك الشيء أو هلاكه فإن أي منافع لذلك الشيء تكون من حق الحائز، ومثال ذلك لو حاز شخص مركبة بعقد بيع وانتفع بها مدة من الزمن ومن ثم ردها لصاحبها كونها معيبة، فإن ما حصل عليه من منفعة نتيجة لاستعماله للمركبة خلال مدة حيازته لها تكون من حقه وغير مطالب بدفع مقابل ذلك لصاحبها طالما أنه مسؤول عنها في حال هلاكها خلال مدة حيازته لها، والمقصود بالخراج هو ما كان غير متولد، وذلك كالمنافع والأجرة، أما الزوائد المتولدة، ومثال ذلك ولد الدابة ولبنها وصوفها وثمر الشجر، فهي لمالك المال وليست للحائز[3].

وكذلك الحال بالنسبة للمادة (86) من المجلة والتي تبين بأن المسؤول عن التعويض لا يكون مطلوباً منه دفع الأجرة للشيء الذي هلك عنده في حال كان قد استعمله قبل هلاكه، وأيضاً لو كان مطلوباً منه دفع الأجرة في حال لم يكن مسؤولاً عن التعويض فإنه يدفع الأجرة

---

[1] الزرقا، مصطفى أحمد: **الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد**. ج2. ط 10. دمشق – سوريا: مطبعة طربين. 1968. ص 982.

[2] اللبناني، سليم رستم باز: **شرح المجلة**. مجلد1. ط 3. بيروت– لبنان: دار الكتب العلمية. دون سنة نشر. ص 33.

[3] الزرقا، مصطفى أحمد: **مرجع سابق**. ص 1034.

دون التعويض، ومثال ذلك ولو استأجر شخص مركبة وهلكت عنده بلا تعدٍ منه، عندئذ لا يكون مسؤولاً سوى عن دفع الأجرة دون تعويض صاحبها عن قيمتها[1].

ومن المواد التي وردت في مجلة الأحكام العدلية والتي تمثل حكاماً عامـاً للتعـويض المستحق في إطار المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، المادة (91) والتي جـاء فيهـا ((الجـواز الشرعي ينافي الضمان)) يفهم من هذه المادة أنه لو فعل شخص ما أجيز له فعله شـرعاً ونشـأ عن فعله هذا ضرر ما فلا يكون ضامناً للخسارة الناشئة عن ذلك، ومن الأمثلة على ذلك لو حفر إنسان في مكله بئراً فوقع فيه حيوان مملوك لغيره ومات، فلا يتحمل حافر البئر مسـؤولية، لأن تصرف المالك في ملكه غير مقيد بشرط السلامة، أما لو هلك الحيوان في بئر حفره شخص في الطريق العام فإنه ملزم بالتعويض[2].

وعند البحث في الأحكام الخاصة بالعقود التي نظمتها مجلة الأحكام العدلية يتبين بأنها قد عالجت موضوع التعويض أو الضمان – كما تسميه- من خلال الأحكام التفصيلية الواردة في كل عقد من هذه العقود مع ضرب الأمثلة أحياناً لحالات المسؤولية، ففي موضـوع التعـويض المستحق في إطار المسؤولية العقدية تنص المادة (771) من المجلة على أنه ((إذا هلـك مـال شخص عند آخر قضاء فإن كان أخذه بدون إذن المالك يضمنه على كل حال وإن كان أخذه بإذن صاحبه لا يضمن لأنه أمانة في يده ما لم يكن أخذه بصورة سوم الشراء وسـمي الـثمن فهلـك المال لزمه الضمان. مثلاً إذا أخذ شخص إناء بلور من دكان البائع بدون إذنه فوقع في يده بـلا قصد أثناء النظر وانكسر لا يلزمه الضمان ولو وقع ذلك الإناء على إناء آخر فانكسر ذلك الإناء لزمه ضمانه فقط وأما الإناء الأول فلا يلزمه ضمانه لأنه أمانة في يده وأما لو قـال لصـاحب الدكان بكم هذا الإناء فقال له صاحب الدكان بكذا قرشاً خذه فأخذه بيـده فوقـع علـى الأرض وانكسر ضمنه ثمنه.....)).

---

[1] حيدر، علي: **مرجع سابق.** ص 78 – 79. و اللبناني، سليم رستم باز: **مرجع سابق.** ص 57- 58.

[2] حيدر، علي: **مرجع سابق.** ص 81. ويرتبط بالحكم الوارد في المادة (91) من مجلة الأحكام العدلية العديد من الأحكـام الخاصة المتفرعة عنه، والواردة في نصوص مواد خاصة في المجلة، وهذه المواد هي: (605 و 799 و 796 و 822 و 824 و 1075 و 1500) .

فهذه المادة فرّقت بين التعويض المستحق في المسؤولية العقدية والتعويض المستحق في المسؤولية التقصيرية– مع أن مجلة الأحكام العدلية لم تأخذ بمسمى المسؤولية التقصيرية أو العقدية – عندما ألزمت الغاصب بالتعويض في حال تلف المال المغصوب في يده بغض النظر عن سبب تلف ذلك المال، وبين التعويض المستحق في حال كانت يد الشخص على المال الحائز يد أمانة، ففي حال تلف المال في يد الشخص الذي أخذه على سبيل الأمانة من غير تعدٍ أو تقصير من جهته لا يلزم بالتعويض، أما إذا أخذ المال ليشتريه وتلف في يده بعد تسمية الثمن فإنه ملزم بالتعويض، أي بدفع الثمن كونه في مركز قانوني قريب من مركز المشتري الذي انتقلت إليه ملكية ذلك الشيء.

ومن نصوص المواد التي لها علاقة بالمسؤولية العقدية في مجلة الأحكام العدلية وما يترتب على هذه المسؤولية من تحمل تبعة التعويض، ما ورد عليه النص في المادة (293) والتي جاء فيها ((المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري)) وما ورد في المادة (294) والتي تنص على أنه ((إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع)).

من خلال ما سبق عرضه من نصوص مواد ورد النص عليها في مجلة الأحكام العدلية يتبين أن موضوع التعويض المستحق في إطار المسؤولية العقدية تمت معالجته في ثنايا النصوص القانونية التي نظمت العقود على اختلاف مسمياتها مثل عقد البيع وغيره من العقود، ومن الملاحظ أن مجلة الأحكام العدلية استعملت مصطلح الضمان بدلاً من مصطلح التعويض، ومن خلال الآتي سيتم توضيح مفهوم الضمان في الفقه الإسلامي – باعتباره مصطلحاً متداولاً فيه– وبيان العلاقة القائمة ما بين مصطلحي التعويض والضمان.

عند البحث عن معنى التعويض في الفقه الإسلامي يتبين بأنه مصطلح غير مستعمل وإنما يستعاض عنه بمصطلح آخر وهو الضمان[1]، ويمكن القول في تعريف الضمان بأنه شغل

[1] الخصاونه، تالا عقاب: **الأساس القانوني للتعويض (دراسة مقارنة)**. (أطروحة دكتوراة غير منشورة). جامعة عمان العربية للدراسات العليا. عمان. الأردن. 2005م. ص 9.

الذمة بحق، أو بتعويض عن ضرر، وشغل الذمة هو الالتزام من الشرع للاعتداء جزاء المخالفة أو الالتزام بالعقد ونحوه والتعويض عن الضرر يشمل:

1- الأضرار الواقعة على النفس الإنسانية، المقدر منها كالديات، وغير المقدر، كالأروش، مما يدخل في نطاق المسؤولية الجنائية.

2- الأضرار المالية، ضمن العقود، عينية وغيرها، مما يدخل في نطاق المسؤولية العقدية.

3- الأضرار المالية في غير دائرة العقود، عينية كانت كالغصوب ووضع اليد، أم غير عينية كالإتلافات، مما يدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية[1].

ويعرّف كذلك الضمان بأنه شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد بثبوته فيها مطلوباً أداؤه شرعاً عند تحقق شرط أدائه، سواء أكان مطلوباً أداؤه في الحال كالدين الحال، أم في الزمن المستقبل المعين، كالدين المؤجل إلى وقت معين[2]. وبكلمات أخرى يعرّف الضمان بأنه شغل الذمة بواجب يطلب الوفاء به إذا توافرت شروطه وقد يطلقونه على ما يجب أداؤه من مال تعويضاً عن مال فقد.

وعند البحث في أحكام الضمان في الفقه الإسلامي يتبين بأن له حالات ثلاث، وهي ما اصطلح على تسميتها بضمان العقد وضمان اليد وضمان الإتلاف، فإذا توفرت حالة من الحالات الثلاث المذكورة يكون الشخص عندئذ مطالب بالتعويض، وهذه الحالات الثلاث هي[3]:

1- ضمان العقد، ويعرّف على أنه تعويض مفسدة مالية مقترنة بالعقد، ومثال ذلك تلف المبيع في يد البائع عندئذ يكون البائع مسؤولاً عن ذلك وملزم برد الثمن للمشتري، وضمان العقد كمصطلح وارد في الفقه الإسلامي هو ما يقابله في الوقت الحاضر،

---

[1] د. فيض الله، محمد فوزي: **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام**. دون ط. الكويت. دون دار نشر. 1981. ص 11 و12.

[2] الخفيف، علي: **الضمان في الفقه الإسلامي**. دون طبعة. مصر: معهد البحوث والدراسات العربية. 1971. ص 5 .

[3] د. فيض الله، محمد فوزي: **مرجع سابق**. ص 64 – 67.

المسؤولية العقدية التي إذا وجدت وتحققت شروطها تنهض مسؤولية المدين بالتعويض تجاه الدائن، مع الفارق الموجود بينهما.

2- ضمان الإتلاف، يعرّف على أنه تعويض مفسدة مالية لم تقترن بعقد ومثال ذلك إتلاف مال الآخرين كقطع شجرة أو كسر زجاج ، وهي المسؤولية التقصيرية التـي تلـزم المسؤول عن وقوع الضرر بالتعويض.

3- ضمان اليد، يمكن تعريفه بأن تعويض تلف المال المحوز، بائتمان أو بغيـر ائتمـان، ومعنى ذلك أن الشخص الذي يكون حائزاً لشيء ما فيتلف ذلك الشيء وهو في يـده بذلك يكون مسؤولاً عن تلف هذا الشيء، وتختلف مسؤوليته عن تلف هذا الشيء وفقاً لوصفه في الفقه الإسلامي، حيث يقسم ضمان وضع اليد في الفقه الإسلامي إلى مـا يلي:

أ- يد مؤتمنة على المال، كيد الوديع والمستعير، فهم غير مسؤولين عن هلاك ما تحت أيـديهم إلا إذا كان نتيجة تعدي أو تقصير صدر منهم.

ب-يد غير مؤتمنة، لكنها موضوعة في عقد من عقود الضمان، كيد البائع على المبيـع قبـل القبض، والمشتري بعد القبض، فهؤلاء مسؤولون عن هلاك المال بغض النظر عن سببه ومـا إذا كان قد صدر منهم تعدٍ أو تقصير أم لا.

ج- يد غير مؤتمنة، كيد السارق على المال المسروق فهو مسؤول عن هلاكه في كل الأحوال لأنه حصل على هذا المال بغير عقد ولا إذن.

ومما تجدر الإشارة إليه أن ضمان العقد الذي يعرفه الفقه الإسلامي غير المسـؤولية العقدية، فضمان العقد يكون التعويض فيه عن مال تالف بسبب العقد، أما المسـؤولية العقديـة فالتعويض فيها ليس عن مال تالف وإنما عن ضرر نشأ عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي، لذلك فإن قيام المسؤولية العقدية يتطلب وجود عقد صحيح لم يقم الملتزم (المدين) بتنفيذ ما عليه من التزام فيه.

كما أنه ووفقاً للتعريفات الواردة في كتب الفقه الإسلامي لمفهوم الضمان يتبـين بـأن الضمان كمصطلح له دلالات أوسع وأعم من المعنى الذي يحملـه مصـطلح التعـويض، لأن التعويض في إطار المسؤولية العقدية يشير إلى المبلغ المالي الذي يطلب من المدين أداؤه للدائن عند تحقق سبب أدائه المتمثل بالضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة لتقصير المدين في تنفيذ التزامه العقدي على الوجه الصحيح وفي الوقت المطلوب، أما مصطلح الضمان وفقاً للمعنى الوارد في كتب الفقه فإنه يشمل التعويض ويشمل كذلك في دلالته معنى الالتزام بصورة عامة[1]، ذلـك أن التزام الكفيل في عقد الكفالة يسمى ضمان الكفيل، والتزام المستعير يسمى ضمان، فالضمان قـد ينقلب إلى تعويض في بعض الحالات كما لو قصّر المكفول في أداء الدين الذي عليـه لدائنـه عندئذ تنهض مسؤولية الكفيل في تسديد ما على مكفولة من دين، وفي ذلك يقول الأستاذ علـي الخفيف: ((ولما كان الضمان شغل الذمة بما قد يطلب الوفاء به إن تحقق شرط طلبـه وقـد لا يتحقق شرطه فلا يطلب كان أعم من الدين، ذلك لأن الضمان لا يستتبع مطالبة الضـامن بمـا يشغل ذمته في جميع الأحوال، وإنما يستتبعه في بعض الأحوال دون بعض، وذلك عندما يتحقق شرط وجوب الأداء .....)).[2]

الفرع الثاني: أنواع التعويض

قد يكون التعويض نقدياً وهو الغالب، وقد يكون عينياً، ويكون التعويض نقـدياً بقيـام المدين بدفع مبلغ من النقود للدائن، أما التعويض العيني فيكون بغير النقود، ويهدف إلـى جبـر الضر الذي أصاب الدائن، كما لو أتلف المستأجر العين المؤجرة فإنه يلتزم بإصلاحها وإعادتهـا إلى الحال التي كانت عليه. فكما أن الأصل في التنفيذ أن يكون عينياً، فكذلك الأصل في التنفيـذ بمقابل أي التعويض أن يكون عينياً كلما كان ذلك ممكناً، ويتصور التنفيذ العيني في المسـؤولية العقدية في بعض الحالات التي يخل فيها المدين بالتزامه بالامتناع عن عمل[3]، بينما يغلب الحكم

---

[1] د. الأحمد، محمد سليمان: **المدخل لدراسة الضمان (دراسة تحليلية مقارنة)**. ط1. عمان- الأردن: دار ومكتبة الحامـد للنشر والتوزيع. 2002. ص 27-29.

[2] الخفيف، علي، **مرجع سابق**. ص 7.

[3] د. دواس، أمين: **أحكام الالتزام**. ط1. رام الله- فلسطين: دار الشروق للنشر والتوزيع. 2005. ص 67.

بهذا النوع من التعويض (التعويض العيني) في دعاوى المسؤولية التقصيرية[1]، ومع ذلك لا يحكم بالتعويض العيني إذا كان ذلك سيلحق ضرراً جسيماً بالمدين يفوق ما هو لاحق بالدائن، ومثـــال ذلك أن يحكم بالتعويض على من أنشأ بناءاً في أرض غيره دون أن يحكم عليه بإزالته، في حال كانت إزالة البناء سوف تلحق ضرراً جسيماً بمن أنشأه يفوق الضرر اللاحق بصاحب الأرض[2]، وذلك تطبيقاً لحكم المادة (27) من مجلة الأحكام العدلية، والتي جاء فيها أن ((الضـــرر الأشـــد يزال بالضرر الأخف)).

وبما أن الحكم بالتعويض العيني مجاله المسؤولية التقصيرية وحالاته قليلة في إطـــار المسؤولية العقدية، لذلك سيتم البحث في طرق تقدير التعويض النقدي، حيث تنص المادة (363) من القانون المدني الأردني على أنه ((إذا لم يكن الضمان مقدراً فـــي القـــانون أو فـــي العقـــد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه))، وتنص كذلك الفقرة (1) من المادة (221) من القانون المدني المصري على أنه ((1- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون، فالقاضي هو الذي يقدره،....))، بذلك يتبين أن المشرع الأردني وكذلك المصري حدد للتعويض ثلاثة أنواع أو ثلاث طرق لتقدير التعويض الواجب دفعه من المدين جبـــراً للضـــرر الذي يلحق بالدائن نتيجة لإخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي، إذ يمكن لإرادة طرفي العقـــد أن تحدد مقدار التعويض الواجب في حال إخلال أحد طرفيه بأي من الالتزامات المترتبة عليه وهو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي، أما النوع الثاني للتعويض فهو الذي يحدده القانون كما هو الحـــال بالنسبة للفائدة القانونية وللتعويض الذي يحدده قانون العمل، والتعويض القضائي الـــذي يقـــدره القاضي بالاعتماد على ما يقدم له من بينات هو النوع الثالث من أنواع التعويض، ومـــن خـــلال الآتي سيتم دراسة كل نوع من هذه الأنواع.

حيث تنص المادة (359) من القانون المدني الأردني على أنه ((إذا كان موضوع الحق هو الامتناع عن عمل وأخل بـــه المدين جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً له أو أن يطلب من القضاء إذناً بالقيام بهذه الإزالة على نفقة المـــدين))، ويقابل هذه المادة، المادة (212) من القانون المدني المصري، والمادة (235) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[1] د. داغـــي، علـــي محـــي الـــدين القـــره: **أنـــواع التعـــويض ومـــدى شـــموله لغيـــر المـــال**. الموقـــع الالكترونـــي **www.qaradagi.com** تاريخ 2011/7/22.

[2] لفته، نصير صبار: **التعويض العيني (رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة صدام. العراق. 2001. ص 67-68.

أولاً: التعويض الاتفاقي

أعطى المشرع لطرفي العقد الحق في تحديد مقدار التعويض المستحق في حال أخل أحد المتعاقدين بأي من الالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد، وهذا النوع من التعويض اصطلح على تسميته بالتعويض الاتفاقي، ويعرّف بأنه الاتفاق مقدما، سواء عند إبرام العقد أو في اتفاق لاحق قبل وقوع الضرر على قيمة التعويض التي تستحق للدائن عند إخلال المدين بالتزام من التزاماته العقدية[1]. ويعرّف أيضاً التعويض الاتفاقي على أنه الاتفاق بين الدائن والمدين على التقدير مقدماً لقيمة التعويض عند عدم تنفيذ الالتزام عيناً أو التأخير في تنفيذه[2]، وبكلمات أخرى يعرف التعويض الاتفاقي بأنه اتفاق يقدر فيه الطرفان مقدماً مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه وسمي بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه[3]. فرغم أن الفقه استعمل مصطلح الشرط الجزائي إلا أنه أنصب اهتمامه في تعريفه على الوظيفة المقصودة منه وهي تحديد مقدار التعويض، وبذلك يكون من الأنسب استعمال مصطلح التعويض الاتفاقي.

وقد أخذ القانون المدني الأردني بهذا النوع من التعويض وذلك في المادة (364)، حيث نصت الفقرة (1) منها على أنه ((1- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون)) ، وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني المصري[4] حيث نصت المادة (223) منه على أنه ((يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد 215، 220))، أما بالنسبة لموقف مجلة الأحكام العدلية من التعويض الاتفاقي، يمكن

---

[1] د. الأهواني، **حسام الدين كامل: النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)**. ج 2. دون طبعة. مصر: دار أبو المجد للطباعة. 1996. ص 76.

[2] د. دواس، أمين: **أحكام الالتزام**. مرجع سابق. ص 74.

[3] د. سعد، نبيل إبراهيم: **النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)**. ج2. دون ط. الإسكندرية- مصر: دار الجامعة الجديدة للنشر. 1999. ص 63.

[4] وكذلك الحال بالنسبة للمادة (240) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي جاء فيها، أنه ((يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً مقدار التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، مع مراعاة أحكام القانون)).

القول بأنها لم تنظمه بالصورة المنظم فيها في كل من القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري، فلم تضع له أحكاماً خاصة، ولكن هل يجوز في ظل النصوص الموجودة في مجلة الأحكام العدلية الخاصة بالشرط بصورة عامة الاتفاق على التعويض مقدماً قبل وقوع الضرر؟ للإجابة على هذا التساؤل يمكن الاعتماد على ما جاء في المادة (83) من المجلة بأنه ((يلزم مراعاة الشروط بقدر الإمكان)) أي انه يجب احترام وتنفيذ الشرط المتفق عليه في العقد إذا كان متوافقاً والقانون ولا يخالف مقتضى العقد وكان تنفيذه ممكناً، حيث تقسم هذه المادة الشروط إلى أنواع ثلاثة، جائزة وفاسدة ولغو، والذي يجب مراعاته منها، هي الشروط الجائزة، ومن الأمثلة على الشروط الجائزة التي سيقت في معرض شرح هذه المادة، أنه إذا اشترط الدائن في الدين المقسط بأنه إذا لم يدفع المدين الأقساط في أوقاتها يصبح الدين معجلاً، إذ يجب مراعاة هذا الشرط، فإذا لم يفِ المدين القسط الأول مثلاً عند حلول أجله يصبح الدين جميعه معجلاً[1]. وقياساً على ذلك وبما أن التعويض الاتفاقي لا يخالف مقتضى العقد فهو اتفاق جاز وملزم بشرط تناسب التعويض مع الضرر وإلا كان للمحكمة تعديله بما يتناسب والضرر الواقع.

وحتى يستحق التعويض الاتفاقي لا بد من توفر شروط استحقاقه وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية والإعذار، أما الخطأ فالذي يحدده هو طبيعة الالتزام المتفق عليه في العقد، فإذا كان التزاماً بتحقيق نتيجة فإن عدم تحقق النتيجة يقود إلى افتراض وجود الخطأ في جانب المدين، وكذلك الحال إذا كان التزام المدين بذل عناية، فإن الدائن ملزم بإثبات خطأ المدين المتمثل بعد بذل العناية المطلوبة، ليتحقق بذلك الخطأ العقدي في جانبه، أما الضرر فهو مفترض في ظل وجود التعويض الاتفاقي وهذا ما يستفاد بمفهوم المخالفة لنص الفقرة (1) من المادة (224) من القانون المدني المصري، وكذلك الحال بالنسبة لعلاقة السببية، وعبء نفي وقوع الضرر يقع على عاتق المدين، بينما لم يرد ما يشير لذلك في القانون المدني الأردني، أما الإعذار فقد يتم تفاديه بالنص على استحقاق التعويض دون الحاجة إليه (أي للإعذار).

---

[1] الخفيف، علي، **مرجع سابق**. ص 74-77.

ومع أن القانون أعطى لإرادة طرفي العقد القدرة على تحديد مقدار التعويض، إلا أنه مع ذلك لم يجعل مثل هذا الاتفاق محصناً وبعيداً عن سلطة القاضي في تعديله، فإذا كان التعويض المتفق عليه سلفاً مساوياً للضرر الواقع عندئذ يبقى التعويض الاتفاقي بعيداً عن سلطة القاضي في تعديله، وهذا ما يستفاد بمفهوم المخالفة لنص الفقرة (2) من المادة (364) من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها ((2- ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك)).

أما القانون المدني المصري فقد أعطى للقاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي بتخفيضه في حال زيادة مقداره عن الضرر الواقع وفقاً لما نصت عليه الفقرة (2) من المادة (224)، ولكنه لم يعطِ للقاضي سلطة زيادة مقدار التعويض في حال كونه أقل من الضرر الواقع إلا إذا أرتكب المدين غشاً أو خطأً جسيماً، حيث نصت المادة (225) على أنه ((إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد أرتكب غشاً أو خطأ جسيماً)). وسيتم دراسة هذا النوع من التعويض بصورة أكثر تفصيلاً في الفصل الثاني من هذه الرسالة.

ثانياً: التعويض القانوني

يتولى القانون أحياناً مسألة تحديد مقدار التعويض الواجب دفعه للدائن في حال أخل المدين بأي من التزاماته العقدية، والتعويض القانوني يكون في إطار المسؤولية العقدية كما هو الحال بالنسب للفوائد القانونية وكذلك بالنسبة للتعويضات التي يستحقها العامل في حال إخلال صاحب العمل بأي من التزاماته العقدية التي نظمها قانون العمل[1]، ويكون كذلك في إطار

[1] من الأمثلة للتعويض القانوني الذي يحدده قانون العمل ويعطيه للعامل تعويضاً له عن إخلال رب العمل بالتزامه العقدي، أن قانون العمل يقدر للعامل تعويضاً عن فصله من العمل فصلاً تعسفياً مقداره أجر شهرين عن كل سنة قضاها العامل في العمل على ألاّ يتجاوز هذا التعويض أجر العامل عن مدة سنتين وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة (47) من قانون العمل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2000 . **نشر هذا القانون في العدد (39) في مجلة الوقائع الفلسطينية الصادرة بتاريخ 2000/11/25** . وهنالك العديد من النصوص القانونية الواردة في هذا القانون والتي تحدد أنواعاً مختلفة من التعويضات العمالية، ومن ذلك ما ورد في المادة (45) من ذات القانون الخاصة بمكافأة نهاية الخدمة.

المسؤولية التقصيرية كما هو الحال بالنسبة للتعويض الذي يقدره قانون التأمين للمصاب في حوادث السير، ومن الأمثلة على ذلك ما ورد النص عليه في المادة (156) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005[1] والتي جاء فيها بأنه ((إذا أدى حادث الطرق إلى عدم قدرة المصاب على القيام بعمله فإنه يستحق 100% (مائة بالمائة) من أجره اليومي طيلة مدة عجزه المؤقت على ألاَ تتجاوز مدة العجز سنتين من تاريخ الحادث))، أي أن القانون هو الذي يحدد أسس احتساب التعويض المستحق دون أن يترك ذلك لإرادة الأطراف، كما هو الحال بالنسبة للتعويض الاتفاقي، ودون أن يعطي للقاضي صلاحية تقدير التعويض كما هو الحال بالنسبة للتعويض القضائي.

وبما أن موضوع هذه الرسالة يتمحور حول التعويض المستحق للدائن في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه العقدي، لذلك سيتم التركيز على التعويض القانوني المتمثل بالفوائد القانونية، إذ تعرّف الفائدة القانونية بأنها مبلغ من النقود قدره القانون مسبقاً وأوجب على المدين دفعه للدائن عند تأخره في الوفاء بالتزام محله مبالغ نقديه[2].

ومع أن المشرع الأردني لم يورد في القانون المدني نصاً خاصاً بالفائدة القانونية الواجبة للدائن في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه، انطلاقا من مبررات قانونية وفقهيه سيتم دراستها لاحقاً في المبحث الثاني من هذا الفصل، إلا أنه وفي مقابل ذلك نص المشرع الأردني على الحكم الخاص بالتعويض الذي يستحقه الدائن في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه إذا كان الالتزام دفع مبلغ من النقود، وذلك في المادة (167) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988[3] المعدل بالقانون رقم (16) لسنة (2006)[4]، دون أن يشترط لاستحقاق هذا التعويض الذي حدده بنسبة (9%) سنوياً أن يثبت الدائن تضرره من التأخر في التنفيذ، فقد نصت هذه المادة على أنه ((1- إذا كان المدين قد تعهد بتأدية مبلغ من النقود في

---

[1] نشر هذا القانون في الصفحة (5) من العدد (62) في مجلة الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2006/3/25.

[2] د. الذنون، حسن علي و د. الرحو، محمد سعيد. **مرجع سابق**. ص (111).

[3] نشر هذا القانون في الصفحة (735) عدد (3545) في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ تاريخ 1988/4/2.

[4] نشر هذا القانون في الصفحة (752) عدد (4751) في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ تاريخ 2006/3/16.

وقت معين وامتنع عن أدائها عند حلول الأجل يحكم عليه بالفائدة دون أن يكلف الدائن إثبات تضرره من عدم الدفع. 2- إذا كان في العقد شرط بشأن الفائدة يحكم بما قضى به الشرط. وإن لم يكن هناك شرط بشأنها فتحسب من تاريخ الإخطار العدلي. وإلا فمن تاريخ المطالبة بها في لائحة الدعوى أو بالإدعاء الحادث بعد تقديم اللائحة المذكورة. 3- تترتب الفائدة على التعويض والتضمينات التي تحكم بها المحكمة لأحد الخصوم وتحسب من تاريخ إقامة الدعوى. 4-مع مراعاة ما ورد في أي قانون خاص، تحسب الفائدة القانونية بنسبة (9%) سنويا، ولا يجوز الاتفاق على تجاوز هذه النسبة)). وهذا الموقف التشريعي الذي سلكه المشرع الأردني في تنظيمه للفائدة القانونية موقف منتقد، لأن المكان الطبيعي لتنظيم الفائدة هو القانون المدني وليس قانون أصول المحاكمات باعتباره قانون إجرائي، كما أنه لا يجوز رفض نظام قانوني في قانون والأخذ به في قانون آخر.

أما بالنسبة للقانون المدني المصري فقد نظم الأحكام الخاصة بالتعويض القانوني (الفائدة القانونية) حيث نصت المادة (226) منه على أنه ((إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره)).

بذلك يكون المشرع المصري قد أخذ بالتعويض القانوني على خلاف ما عليه الحال في القانون المدني الأردني.

ثالثاً: التعويض القضائي

في حال عدم اتفاق أطراف العقد على مقدار التعويض الواجب دفعه إذا أخل أي طرف من طرفي العقد بأي من الالتزامات العقدية المترتبة عليه للطرف الآخر، وهو ما اصطلح على تسميته بالتعويض الاتفاقي، وكذلك عند عدم وجود نص في القانون يحدد مقدار التعويض الواجب دفعه، عندئذ يتوجب على القاضي تحديد مقدار التعويض بالاعتماد على

الأحكام العامة الواردة في القانون، فالقاضي يقوم بتحديد مقدار التعويض في حال سكوت العقد والقانون عن تقديره[1]، وهذا ما يستفاد من نص المادة (363) من القانون المدني الأردني – سالفة الذكر – والتي جاء فيها بأنه ((إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه)).

وكذلك فعل المشرع المصري عندما أعطى القاضي سلطة تحديد مقدار التعويض الواجب دفعه للدائن نتيجة لإخلال المدين بأي من التزاماته العقدية، حيث نصت المادة (221) فقرة (1) على أنه ((إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب...)) .

وعند المقارنة ما بين الحكم الوارد في القانون المدني الأردني الخاص بالتعويض الذي يقدره القاضي (التعويض القضائي) بالاعتماد على ما جاء في المادة (363) منه، وبين الحكم الوارد في القانون المدني المصري بخصوص ذات التعويض الوارد في المادة (221) منه، يتبين بأن القانون المدني الأردني يعوض الدائن عن الخسارة اللاحقة به دون الكسب الفائت[2]، أما القانون المدني المصري فإنه يعوض عن الخسارة اللاحقة وعن الكسب الفائت. مع أن المشرع الأردني يعوض عن الكسب الفائت في حال المسؤولية التقصيرية، فقد نصت المادة (266) من القانون المدني الأردني على أنه ((يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار))، ولذلك يتوجب التمييز بين التعويض المستحق في إطار المسؤولية العقدية، والتعويض المستحق

---

[1] د. الحلالشه. عبد الرحمن أحمد جمعه: **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني (أحكام الالتزام)**. ط1. عمان– الأردن: دار وائل للنشر. 2006. ص 96.

[2] د. دواس، أمين: أحكام الالتزام. مرجع سابق. ص 71. و د. سلطان، أنور: **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)**. ط2. دون بلد نشر: المكتب القانوني. 1998. ص 277–278. و د. الفار، عبد القادر: **مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)**. دون ط. عمان– الأردن: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1996. ص 147.

في إطار المسؤولية التقصيرية فيما يخص الكسب الفائت وفقاً لأحكام القانون المدني الأردنـــي، وهذا ما جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1997/1587) تمييز حقوق[1].

وحتى يحكم القاضي بالتعويض يجب ابتداء أن يثبت الدائن أن ضرراً قد لحــق بــه نتيجة لإخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي (الخطأ) بعد أن يكون قد أعــذره إذا كــان الإعــذار شرطاً لقيام المسؤولية العقدية[2]، أي أن الدائن ملزم في حال مطالبته بــالتعويض القضــائي أن يثبت شروط المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر والإعذار إذا كان له مقتضى، حتى يحكم له بالتعويض، بينما الدائن في حال التعويض الاتفاقي غير مطالــب بإثبات الضرر كونه مفترض وكذلك الحال بالنسبة لعلاقة السببية، أي أن الدائن في التعــويض الاتفاقي ملزم بإثبات عدم قيام المدين بالتزامه (الخطأ العقدي) فقط دون أن يكون ملزماً بإثبــات الضرر أو علاقة السببية. وكذلك الحال بالنسبة للتعويض القانوني، مع الفارق الموجود بينهما- أي بين التعويض الاتفاقي والتعويض القانوني- ففي حال التعويض القــانوني فــإن الضــرر مفترض وغير قابل لإثبات العكس من جانب المدين، أما في التعويض الاتفاقي فــإن الضــرر مفترض ولكن يمكن للمدين نفيه.

[1] فقد جاء في قرار **محكمة التمييز الأردنية رقم (1997/1587) تمييز حقوق المنشور فــي المجلــة القضــائية صــفحة (194) لسنة 1997** ما يلي ((إن مسؤولية الناقل هي مسؤولية عقدية وطبقاً للمادة (363) مدني فإن المحكمة تقدر الضمان بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه ويخرج عن مفهوم الضمان التعويض عما فات الدائن من كسب أو لحق مــن خسارة. إن المشرع قد فرّق بين التعويض عن الضرر بين ما هو ناشئ عن الفعل الضار المسؤولية التقصيرية والضــرر الناشئ عن المسؤولية العقدية وأن ما ورد في المادة (266) مدني يتعلق بالمسؤولية التقصيرية ولا يشمل حكمها المسؤولية العقدية وبالتالي فإن عدم قضاء محكمة الاستئناف للمدعي بالكسب الفائت يكون متفقاً وحكم القانون (قرار تمييــزي رقــم 87/383 تاريخ 1987/5/26 وتمييز رقم 97/774 تــاريخ 1997/6/17)........)) نقــلاً عــن الموقــع الإلكترونــي **www.qanoun.com** تاريخ 2011/7/14. **وأنظر أيضاً قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1999/526) تمييز حقوق المنشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين صفحة رقم (1835) سنة 1999 والذي جاء فيه، أنه** ((إذا كانــت طبيعــة العلاقة بين طرفي الدعوى هي علاقة تعاقدية وكان السكن الوظيفي ناشئاً عن هذه العلاقة فإنه بذلك يكون محكوماً بالعلاقة التعاقدية وتكون المطالبة بأي أضرار مستندة إلى المسؤولية العقدية وحيث أنه ووفقاً للمادة 363 من القانون المــدني بــأن التعويض يكون بما يساوي الضر الواقع فعلاً أي لا يحكم بالضرر الأدبي ولا بما فات من كسب أو ربح......)) نقلاً عــن الموقع الإلكتروني **www.qanoun.com** تاريخ 2009/9/5.

[2] د. الذنون، حسن علي ود. الرحو، محمد سعيد. **مرجع سابق**. ص 99.

المطلب الثاني: شروط استحقاق التعويض في المسؤولية العقدية وحالاته

لا بد لاستحقاق التعويض في المسؤولية العقدية من توفر مجموعة شـــروط اصـــطلح الفقه الحديث على تسميتها بالخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، والإعذار، وبما أن أسلوب البحث هو الأسلوب المقارن لذلك سيتم دراسة هذه الشروط في القـــوانين المقارنـــة، وكذلك فإن لاستحقاق التعويض حالات ثلاث هي عدم تنفيذ المدين لالتزامه، وتأخره في عمليـــة التنفيذ وتنفيذ المدين لالتزامه تنفيذاً معيباً، وعليه سيتم تناول هذين الموضوعين فـــي الفـــرعين التاليين:

الفرع الأول: شروط استحقاق التعويض في المسؤولية العقدية.

حتى يتم إلزام المدين بدفع التعويض للدائن يجب أن يكون المدين هو المسؤول عـــن السبب الذي ألحق الضرر بالدائن، وهذه المعادلة تتكون من أربعة مفردات هي الخطأ العقـــدي والضرر وعلاقة السببية بينهما والإعذار، وهي شروط استحقاق التعويض، ووفقاً لهذا الترتيب سيتم دراسة الخطأ أولاً ومن ثم الضرر وعلاقة السببية والإعذار.

أولاً: الخطأ العقدي

إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه العقدي، كان هذا هو الخطأ العقدي، ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمده أو عن إهماله[1]، وبذلك يمكن القول بأن الخطأ باعتباره شرطاً لقيام المسؤولية العقدية يتحقق عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي، إضافة لذلك فإن الخطأ العقدي يتحقق حتى لو نفذ المدين التزامه العقدي ولكن تنفيذه كان علـــى وجـــه معيب يختلف عما اتفق عليه المتعاقدان، أو كان قد تأخر في إتمام هذا التنفيذ[2].

---

[1] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحـــديث)**. ج6 . دون ط. القاهرة– مصر: دار النهضة العربية. دون سنة نشر. ص 120.

[2] د. منصور، أمجد محمد: **النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)**. ط1. عمان– الأردن: دار وائل للنشر والتوزيـــع. 2006. ص 178.

ومن الأمثلة على الخطأ العقدي أنه لو كان التزام المــدين توريــد بضــاعة ضــمن مواصفات معينة وخلال مدة محددة، فإذا لم يقم بعملية التوريد، ينشأ الخطأ العقدي لعدم قيامــه بتنفيذ التزامه، وإذا ورّد بضاعة تختلف في مواصفاتها عما تم الاتفاق عليه يكون الخطأ العقدي متحقق لكون عملية التنفيذ معيبة، وإذا تأخر في توريد البضاعة عن الموعد المتفق عليه يكــون الخطأ العقدي موجود لتأخر المدين في تنفيذ التزامه، وهذه الحالات الثلاث هي حالات استحقاق التعويض التي ستكون محلاً للدراسة في الفرع الثاني من هذا المطلب[1].

ويختلف الخطأ العقدي تبعاً لنوع الالتزام العقدي المطلوب من المدين القيــام بــه، إذ يقسم الالتزام العقدي إلى التزام ببذل عناية وإلى التزام بتحقيق نتيجة، وينشأ الخطأ العقدي فــي كل منهما بصورة تختلف على الأخرى، وهذا ما سيتم توضيحه من خلال الآتي:

1- **الالتزام العقدي بتحقيق نتيجة،** المقصود بالالتزام بتحقيق نتيجة هــو الالتــزام العقدي الذي لا يكون المدين قد نفذه ما لم تتحقق تلك النتيجة التي تم الاتفاق عليها فــي العقــد، فالالتزام بنقل حق عيني – أياً كان محل هذا الحق- والالتزام بعمل معين- تسليم عين أو إقامــة مبنى أو نحو ذلك- والالتزام بالامتناع عن عمل معين، كل هذه الالتزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة، هي نقل الحق أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل، فتنفيذها لا يكون إلا بتحقيــق هــذه الغاية[2].

وعند البحث في نصوص القانون يتبين بأن هنالك العديد من النصوص القانونية التــي نظمت العقود بحيث حددت التزامات كلا طرفي العقد والتي تصــنف علــى أنهــا – أي تلــك الالتزامات- التزام بتحقيق نتيجة، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (693) من القــانون المــدني الأردني بأنه ((1- لا يجوز للمستأجر أن يتجاوز في استعمال المأجور حدود المنفعــة المتفــق

---

[1] وهنالك أمثلة أخرى لصور الخطأ العقدي، ومن ذلك مثلاً لو كان التزام المدين نقل بضاعة بكمية معينة وخلال مدة زمينة محددة، فإذا لم يقم بنقل شيءٍ منها، يكون الخطأ العقدي متمثلاً بعدم تنفيذ الالتزام أصلاً، وإذا قام بنقــل جــزء منهــا دون الباقي، يكون الخطأ العقدي لديه في صورة التنفيذ المعيب، أما إذا تأخر في عملية النقل عن الموعد المتفق عليــه، يكــون الخطأ العقدي متحقق في صورة التأخير في التنفيذ. أنظر الحسناوي، حسن رشيد حنتوش. **مرجع سابق.** ص 59-62.

[2] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1) نظرية الالتزام بوجــه عــام (مصــادر الالتزام). مرجع سابق.** ص 736.

عليها في العقد فإن لم يكن هنالك اتفاق وجب الانتفاع به طبقاً لما أعدت له وعلى نحو ما جرى عليه العرف. 2- فإذا جاوز في الانتفاع حدود الاتفاق أو خالف ما جرى عليه العرف وجب عليه ضمان، ما ينجم عن فعله من ضرر)) بذلك تكون هذه المادة قد ألزمت المستأجر بالامتناع عن عمل وهو استعمال المأجور بصورة تخالف ما اتفق عليه في العقد أو ما جرى عليه العرف، وفي حال عدم التزامه بذلك يكون قد ارتكب خطأ عقدياً يلزمه بالتعويض في حال وقوع ضرر.

ومن الأمثلة الواردة في القانون المدني المصري على الالتزام بتحقيق نتيجة ما جاء في المادتين (564) و (565) منه، حيث تنص المادة (564) على أنه ((يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تفي بما أعدت له من المنفعة وفقاً لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين)) أما الفقرة (1) من المادة (565) فتنص على أنه ((1- إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للانتفاع الذي أجرت من أجله أو إذا نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجر بقدر ما نقص من الانتفاع مع التعويض في الحالتين إذا كان لذلك مقتضى)). فهذه المادة ألزمت المؤجر بالقيام بعمل وهو تسليم العين المؤجرة للمستأجر بحالة تصلح لاستيفاء المنفعة منها (وهو التزام بتحقيق نتيجة)، وفي حال عدم التزامه بذلك يكون من حق الدائن (وهو المستأجر) أن يطلب التعويض إذا لحق به ضرر.

أما بالنسبة للفقه الإسلامي، فمع أنه لا يستعمل مصطلح الالتزام ببذل عناية ومصطلح الالتزام بتحقيق بنتيجة، إلا أنه يمكن القول بأن الفقه الإسلامي يتسع للتمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية[1]، وكذلك الحال بالنسبة لمجلة الأحكام، فعند البحث في نصوص مجلة الأحكام العدلية يتبين أنه يمكن تصنيف جزء من الالتزامات العقدية الواردة في نصوصها على أنها التزام بتحقيق نتيجة، وجزء آخر على أنه التزام ببذل عناية، وبما أن مجال البحث هنا في الالتزام العقدي بتحقيق نتيجة، لذلك سيقتصر البحث في النصوص ذات العلاقة بهذا الالتزام.

[1] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **مصادر الحق في الفقه الإسلامي. مرجع سابق**. ص 149.

فمن النصوص القانونية الواردة في مجلة الأحكام العدلية والتي يمكن تصنيف الالتزام العقدي الوارد فيها على أنه التزام بتحقيق نتيجة، المادة (583) من المجلة والتي تنص على أنه ((إذا انعقدت الإجارة الصحيحة على المدة أو المسافة يلزم تسليم المأجور للمستأجر على أن يبقى في يده متصلاً أو مستمراً إلى انقضاء المدة أو ختام المسافة مثلاً لو استأجر أحد مركبة لكذا مدة أو على يذهب إلى المحل الفلاني فله أن يستعمل المركبة المذكورة في ظرف تلك المدة أو إلى أن يصل ذلك المحل وليس لصاحبها أن يستعملها في تلك الأثناء في أموره)) فالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر التزام بتحقيق نتيجة، أما المادة (591) من المجلة فقد نصت على التزام آخر للمستأجر وهو كذلك التزام بتحقيق نتيجة بقولها: ((يلزم المستأجر رفع يده عن المأجور عند انقضاء الإجارة)).

ما سبق الإشارة إليه من نصوص مواد في القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري ومجلة الأحكام العدلية جاء على سبيل المثال لا الحصر، لأن نصوص المواد في تلك القوانين التي نظمت العقود فيها، تحوي العديد من الالتزامات التي تصنف على أنها التزام بتحقيق نتيجة يترتب على عدم القيام بها المطالبة بالتعويض من الطرف الآخر إذا ترتب على تلك المخالفة ضرر.

وبما أن الإثبات هو الوسيلة التي يتم من خلالها نسب الخطأ العقدي للمدين حتى يتم إلزامه بالتعويض، لذلك لابد من تحديد كيفية إثبات الخطأ العقدي في حال الالتزام بتحقيق نتيجة، فحتى يتم إثبات الخطأ العقدي في جانب المدين فإن الدائن مطالب بإثبات عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو لتأخره فيه أو لتنفيذه بصورة معيبة[1]، ففي حال عدم تنفيذ الالتزام فإن الدائن يثبت أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه بعد أن يكون قد أثبت وجود هذا الالتزام بموجب العقد أو العقد والقانون، وكذلك في حال التأخير في التنفيذ، فإن الدائن يثبت أن تنفيذ المدين لالتزامه قد جاء

---

[1] د. عبد الرحمن، حمدي: **الوسيط في النظرية العامة للالتزامات**. الكتاب الأول. ط1. القاهرة– مصر: دار النهضة العربية. 1999. ص 515.

متأخراً عما تم الاتفاق عليه، وفي حال التنفيذ المعيب فإن الدائن يثبت بأن تنفيذ المدين لالتزامه العقدي قد جاء مخالفاً لما تم الاتفاق عليه في العقد[1].

وإذا أراد المدين أن يدفع عن نفسه المسؤولية فعليه أن يثبت أن عدم تنفيذه لالتزامه قد جاء نتيجة لوجود القوة القاهرة أو السبب الأجنبي، وهذا ما سيتم دراسته لاحقاً عند دراسة علاقة السببية.

2- **الالتزام العقدي ببذل عناية**، يكون الخطأ العقدي في الالتزام ببذل عناية في حال عدم بذل العناية المطلوبة، فإذا بذلت هذه العناية فلا خطأ ولو لم يتحقق الغرض المقصود[2]، وبهذا المعنى جاء نص الفقرة (1) من المادة (358) من القانون المدني الأردني بأنه ((1- إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفىّ بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك)). وغير بعيد عن المعنى الوارد في المادة المذكورة من القانون المدني الأردني، جاء نص الفقرة (1) من المادة (211) من القانون المدني المصري بقولها: ((1- في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك)).

أي أن المدين في حال الالتزام ببذل عناية غير مطالب بتحقيق نتيجة معينة وإنما مطلوب منه بذل العناية اللازمة عند قيامه بالعمل المطلوب منه أداؤه، ومن الأمثلة التي تساق على الالتزام ببذل عناية التزام الطبيب بعلاج مريضه فهو ليس التزاماً بتحقيق نتيجة وهي شفاء المريض، بل هو التزام ببذل العناية الواجبة في علاج المريض وفقاً لأصول مهنة الطب[3]. فشفاء المريض يتوقف على عدة عوامل واعتبارات لا تخضع دائماً لسيطرة الطبيب كمناعة الجسم،

---

[1] الطباخ، شريف: **مرجع سابق**. ص 232-233.

[2] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **مصادر الحق الشخصي في الفقه الإسلامي**. **مرجع سابق**. ص 122.

[3] كساب، مروان: **الخطأ العقدي**. ط1.دون بلد نشر. دون دار نشر. 2000. ص 18.

والوراثة، والإمكانيات الطبية المتاحة التي قد لا تكفي لعلاج المـريض مـع أن الطبيـب بـذل قصارى جهده بما أوتي من علم ومعرفة، ولكنه يبقى غير ملـزم بتحقيـق نتيجـة، لأن شـفاء المريض يبقى أمر احتمالي، ومع ذلك هنالك حالات يكون التزام الطبيب فيهـا التـزام بتحقيـق نتيجة، ومن ذلك التزام الطبيب أخصائي جراحة التجميل، لأن هـذه الجراحـة ليسـت كبـاقي الجراحات فهي لا تقوم على فكرة الاحتمال وإنما الهدف منها إزالة التشوه أو العيـب والأصـل فيها الشفاء من العيب المطلوب علاجه[1].

والمعيار الذي على أساسه تقاس العناية المطلوب بذلها للقول بأن المدين قد قـام بمـا عليه من التزام تجاه الدائن أم لا، هو معيار الشخص العادي الذي نصت عليه المـادة (1/358) من القانون المدين الأردني والمادة (1/211) من القانون المدني المصـري، وفكـرة الشـخص العادي فكرة مجردة يرجع في تحديدها إلى الرجل العادي في طائفة الناس التـي ينتمـي إليهـا المدين، فإذا كان المدين طبيبا مثلاً، فيقارن مسلكه، لمعرفة ما إذا ارتكب خطأ، بمسلك الطبيـب العادي إذا وجد في مثل ظروفه[2].

ومن النصوص الخاصة الواردة في القانون المدني الأردني والتي جاءت تطبيقاً لنص المادة (358) منه، نص الفقرة (1) من المادة (692) من ذات القانون والتي تنص على أن ((1- المأجور أمانة في يد المستأجر يضمن ما يلحقه من نقص أو تلف أو فقدان ناشئ عن تقصيره أو تعديه وعليه أن يحافظ عليه محافظة الشخص العادي)) أي أنه وبمفهوم المخالفـة لـنص هـذه المادة إذا تلف المأجور وهو في يد المستأجر دون تعدٍ أو تقصير من جانبه فإنه غير مسؤول عن ذلك، أي أن التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة، هو التزام ببذل عناية[3].

---

[1] للمزيد حول هذا الموضوع أنظر عساف، وائل تيسير محمد: **المسؤولية المدنيـة للطبيـب (رسـالة ماجسـتير غيـر منشورة)**. جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2008. ص 40 وما بعدها.

[2] د. سلطان، أنور: **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي). مرجع سـابق**. ص 262.

[3] وتطبيقاً لذلك جاء قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1075) لعام 1990 والذي ينص على أنه ((يتفق وأحكام القـانون الحكم على المستأجر بقيمة الإصلاحات إذا لحق المأجور عيب. حيث أن المأجور أمانة في يد المستأجر يضمن ما يلحقه

ويقابل نص المادة (692) من القانون المدني الأردني، المادة (583) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها: ((1- يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد. 2- وهو المسؤول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو إهلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً)).

وبالعودة إلى الفقرة الأولى من المادة (358) من القانون المدني الأردني وكذلك الفقرة الأولى من المادة (211) من القانون المدني المصري، يتبين بأنهما أتاحتا المجال أمام نصوص أخرى من القانون وأمام إرادة كلا طرفي العقد لكي تزيد أو تخفف من العناية المطلوب بذلها في حال كان الالتزام هو التزام ببذل عناية[1].

أما عن الحكم الخاص بالالتزام ببذل عناية في الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية، فكما سبق وأن ذكر فإن الفقه الإسلامي يأخذ بما يسمى بضمان اليد ومنها ضمان اليد المؤتمنة على المال كيد الوديع والمستعير اللذان لا يكونان مسؤولين عن هلاك ما تحت يديهما من مال إلا إذا كان ذلك نتيجة تعدٍ أو تقصير صدر منهما[2]، ومع أنه لم يرد في مجلة الأحكام العدلية نصاً خاصاً يحدد طبيعة الالتزام ببذل عناية كما هو الحال في القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري، إلا أنه وبالعودة إلى النصوص القانونية الخاصة التي نظمت بعض العقود في مجلة

من نقص أو تلف أو فقدان ناشئ عن تقصيره عملاً بنص المادة (692/1) من القانون المدني)) نقلاً عن الموقع الإلكتروني **www.lob.gov.jo** تاريخ 2009/8/29.

[1] حيث فرقت المادة (841) من القانون المدني الأردني بين الوكالة بأجر والوكالة بغير أجر من حيث العناية الواجب على الوكيل بذلها في كلا الحالين، حيث نصت على أنه ((1- على الوكيل أن يبذل في تنفيذ ما وكل به العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة إذا كانت الوكالة بلا أجر. 2- وعليه أن يبذل في العناية بها عناية الرجل المعتاد إذا كانت بأجر))، وكذلك جاء نص المادة (704) من القانون المدني المصري بقولها: ((1-إذا كانت الوكالة بلا أجر، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، دون أن يكلف في ذلك أزيد في عناية الرجل المعتاد.2- فإن كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد)) فالتزام الوكيل هنا التزام ببذل عناية، ولكن تختلف العناية المطلوب بذلها تبعاً لوجود أجر للوكيل من عدمه، فإذا الوكيل مأجوراً، عندئذ يطلب منه بذل الرجل المعتاد، أما إذا كان بلا أجر فتكون المطلوبة هي عناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، فإذا كان في أعماله الخاصة مهملاً، فإن خطأه العقدي يقاس بحجم تلك العناية أو الإهمال، ولو كان حريصاً فلا يطلب منه أكثر من عناية الرجل المعتاد.

[2] أ.د. فيض الله، محمد فوزي: **مرجع سابق**. ص 65.

الأحكام العدلية، يتبين بأن هنالك العديد من النصوص التي أعفت أحد طرفي العقد من مسؤولية تعويض الطرف الآخر إذا كان هلاك المال قد تم من غير تعدٍ أو تقصير من جانبه، فعقود الأمانة غير مضمونة وفقاً لما نصت عليه المادة (768) من المجلة، حيث نصت على أن ((الأمانة غير مضمونة. يعني على تقدير هلاكها أو ضياعها بدون صنع الأمين أو تقصيره ولا يلزم الضمان)) والأمانة وفقاً لما عرفتها المادة (762) من المجلة هي ((الأمانة هي الشيء الموجود عند الشخص الذي اتخذ أمينا. سواء أجعل أمانة بقصد الاستحفاظ كالوديعة أم كان أمانة ضمن عقد كالمأجور والمستعار. أو صار أمانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد كما لو ألقت الريح في دار أحد مال جاره فنظراً لكونه لم يوجد عقد فلا يكون ذلك المال وديعة عند صاحب البيت بل أمانة فقط)).

ومن النصوص الخاصة الواردة في مجلة الأحكام العدلية والتي تمثل تطبيقاً للحكم الخاص بعقود الأمانة، ما ورد عليه النص في المادة (813) من المجلة والذي فيه أن ((العارية أمانة في يد المستعير إذا هلكت أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعدٍ ولا تقصير لا يلزم الضمان. مثلاً إذا سقطت المرآة المعارة من يد المستعير بلا عمد أو زلقت رجله فسقطت المرآة وانكسرت لا يلزمه ضمان، وكذا لو وقع على البساط المعار شيء فتلوث به ونقصت قيمته فلا ضمان)) وفي شرح هذه المادة يقول الأستاذ علي حيدر: ((العارية أمانة في يد المستعير يعني لو تلفت العارية في يد المستعير بلا تعدٍ ولا تقصير أو فقدت أو نقصت قيمتها من استعماله إياها حسب المعتاد وعلى الوجه المشروط في حال الاستعمال أو في غير حال الاستعمال لا يلزمه الضمان))[1] .

وبذلك يتبين الفرق بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، فالالتزام بتحقيق نتيجة يتطلب من المدين تحقيق نتيجة معينة وفقاً لما تم الاتفاق عليه في العقد وإلا تحقق الخطأ في جانبه، أما الالتزام ببذل عناية غير مطلوب من المدين فيه تحقيق نتيجة معينة وإنما بذل العناية التي يتطلبها العقد أو القانون، ويمكن القول أن عقود الضمان الواردة في مجلة الأحكام

---

[1] حيدر، علي: **درر الحكام شرح مجلة الأحكام. مج2 . مرجع سابق.** ص .305. وأنظر أيضاً اللبناني، سليم رستم باز: **مرجع سابق.** ص 450.

العدلية، التزام المدين فيها، التزام بتحقيق نتيجة. أما عقود الأمانة فإن التزام المدين فيها، التـــزام ببذل عناية.

ثانياً: الضرر

يعتبر الضرر الشرط الثاني الواجب توفره للحكم بالتعويض للدائن على مدينه في حال عدم قيام الأخير بما هو مطلوب منه في العقد، ويعرّف الضرر بأنه الأذى الذي يلحق الغير وهو إما أن يكون مادياً أو أدبياً، ويراد بالضرر المادي ذلك الأذى الذي يلحق خسارة مالية بالمضرور فيؤدي إلى نقص في ذمته المالية، ويراد بالضرر الأدبي (المعنوي) الأذى الذي يلحـــق شـــرف الإنسان وسمعته واعتباره ومركزه الاجتماعي[1].

بذلك فإن تعريف الضرر يشمل في ثناياه الإشارة إلى نوعيه – أي نـــوعي الضــــرر– وهما الضرر المادي والضرر الأدبي (المعنوي)، ولكن هل يعوض في المسؤولية العقدية عـــن كلا نوعي الضرر، المادي والأدبي؟

عند البحث في نصوص القانون المدني الأردني التي تناولـــت موضـــوع التعـــويض الواجب في إطار المسؤولية العقدية، لا يتبين وجود نص صريح على وجوب التعـــويض عـــن الضرر الأدبي، ومن يرى[2] أن القانون المدني الأردني يعوّض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية يعتمد في ذلك على نص المادة (267) من القانون المذكور والتي جاء في فقرتها الأولى أنه ((1– يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك: فكل تعدٍ على الغير في حريته أو عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مســـؤولاً عن الضمان)) ولكن يرد على ذلك أن نص المادة المذكورة جاء في ســـياق الأحكـــام الخاصـــة بالتعويض عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) والاستدلال به عند القول بأن القانون المدني الأردني يعوّض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية قول يجانبـــه الصـــواب، ذلـــك أنـــه

---

[1] أ.د الذنون، حسن علي: **المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر)**. ج 1. ط1. عمـــان– الأردن: دار وائـــل للنشـــر. 2006. ص 204.

[2] أنظر د. سلطان، أنور: **مرجع سابق**. ص 217، و د. منصور، أمجد محمد: **مرجع سابق**. ص 179و180.

وبالتدقيق في مفردات النص يتبين بأنها تتحدث عن فعل التعدي على الغيـــر، والتعـــويض فـــي المسؤولية العقدية لا يكون عن الضرر الناشئ عن تعدٍ وإنما عن تقصير من جانب المدين فـــي تنفيذ التزامه العقدي[1].

كما أن الرأي الغالب في الفقه يتفق مع القول بأن التعويض المنصـــوص عليـــه فـــي القانون المدني الأردني الخاص المسؤولية العقدية لا يشمل الضرر الأدبي[2].

أما القول بأن القانون المدني المصري قد نص على التعويض عن الضرر الأدبي فـــي المسؤولية العقدية، فهذا قول صحيح، حيث نصت الفقرة (1) من المـــادة (222) مـــن القـــانون المذكور على أنه ((1- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالـــة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به أمام القضاء)) حيث جاءت هـــذه المـــادة ضمن الأحكام الخاصة بالتعويض المستحق في إطار المسؤولية العقدية.

ويشترط في الضرر الواجب التعويض الذي لحق بالدائن نتيجة لإخلال المدين بالتزامه العقدي، أن يكون ضرراً مباشراً، وهو ما كان نتيجة طبيعية لإخلال المـــدين بتنفيـــذ التزامـــه، ويكون نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهة معقول[3]، وهذا مـــا نصـــت عليه المادة (221) من القانون المدني المصري بقولها ((... بشرط أن يكون هذا النتيجة الطبيعية

---

[1] ومما يدعم هذا الرأي ما جاء في **قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1999/526) المنشور في مجلة نقابـــة المحـــامين الأردنيين صفحة رقم (1835) سنة 1999** والذي ورد فيه أنه ((إذا كانت طبيعة العلاقة بين طرفي الدعوى هـــي علاقـــة تعاقدية وكان السكن الوظيفي ناشئاً عن هذه العلاقة فإنه بذلك يكون محكوماً بالعلاقة التعاقدية وتكون المطالبة بأي أضرار مستندة إلى المسؤولية العقدية وحيث أنه وفقاً للمادة 363 من القانون المدني بأن التعويض يكون بما يساوي الضر الواقع فعلاً أي لا يحكم بالضرر الأدبي ولا بما فات من كسب أو ربح وحيث أن المدعي يعمل في جامعة مؤتـــة ويســـتفيد مـــن السكن المخصص لموظفي الجامعة وأن الشقة المخصصة له بحاجة إلى بعض الإصلاحات وأن فصل الكهرباء والهـــاتف عن الشقة كان لدواعي الصيانة ومن مستلزماتها. فيكون بالتالي الحكم للمدعي بالتعويض عن الضرر الأدبي في غير محله ولا سند له من القانون ....)) نقلاً عن الموقع الإلكتروني **www.qanoun.com** تاريخ 2009/9/5.

[2] د. الفار، عبد القادر: **أحكام الالتزام (آثار الحق في القانون المدني)**. ط4. عمان- الأردن: مكتبـــة دار الثقافـــة للنشـــر والتوزيع. 1997. ص 73.

[3] الحسناوي، حسن رشيد حنتوش. **مرجع سابق**. ص 107.

لعدم الوفاء بالالتزام أو بالتأخر به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول)).

وبذلك يمكن القول أن الضرر حتى يكون مباشراً فإنه يجب أن يتوفر أمران، الأول أن يكون الضرر نتيجة لعدم وفاء المدين بالتزامه العقدي، بمعنى لولا وقوع الخطأ من جانب المدين لما وقع الضرر، والثاني ألاّ يكون بإمكان الدائن تجنب ذلك الضرر ببذل جهد معقول، فلو كان بإمكان الدائن أن يتوقى الضرر ولم يقم بذلك فإنه لا يستحق التعويض مع أن الضرر نتج عن خطأ المدين العقدي، أي أن المعادلة بشكل بسيط هي أنه يجب ألاّ يقابل تقصير المدين المتمثل بالخطأ العقدي الذي نتج عنه ضرر، بتقصير من جانب الدائن والمتمثل في تقاعسه عن تجنب ذلك الضرر، حتى يكون ذلك الضرر محلاً للتعويض.

بالإضافة إلى اشتراط كون الضرر مباشراً، يجب أن يكون الضرر متوقعاً ويقاس التوقع وعدم التوقع بمعيار موضوعي مجرد لا بمعيار ذاتي أو شخصي، بمعنى أنه إذا ما أريد معرفة أن الضرر الواقع بالفعل هل هو ضرر متوقع أم غير متوقع فإنه ينبغي النظر لا إلى شخص المدين بالذات وإنما ينظر إلى مدين عادي أو شخص عادي اكتنفته نفس الظروف التي اكتنفت المدين وأحاطت به[1]، فالمدين ملزم بتعويض الدائن عن الضرر المباشر المتوقع، وكون الضرر متوقعا أو غير متوقع يخضع ذلك لتقدير محكمة الموضوع وفقاً للظروف المحيطة بالعقد.

وتمتد مسؤولية المدين في التعويض إلى الضرر المباشر غير المتوقع وذلك في حالة وجود غش لديه – أي لدى المدين– وفي حالة ارتكابه لخطأ جسيم، وهذا ما يستفاد بمفهوم المخالفة لنص الفقرة (2) من المادة (221) من القانون المدني المصري، والتي جاء فيها ((2– ومع ذلك إذا كان مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد)) .

---

[1] د الذنون، حسن علي. **المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر)**. **مرجع سابق**. ص 315.

ويجب كذلك أن يكون الضرر الذي يطالب الدائن بالتعويض عنه، ضرراً محققاً، ويكون الضرر محققاً إذا كان حالاً أي وقع فعلاً، أما إذا كان مستقبلاً وكان محقق الوقوع فيجب التعويض عنه، ولا يتعين في هذه الحالة انتظار وقوعه إذا كانت عناصر تقدير التعويض متوافرة في الحال، أما إذا كان الضرر محتمل الوقوع أي قد يقع وقد لا يقع في المستقبل فلا مجال لطلب التعويض عنه في الحال، بل يجب الانتظار حتى يتحقق[1].

وبالعودة إلى نصوص القانون المدني الأردني التي نظمت الأحكام الخاصة بالتعويض، يتبين أن المادة (363) منه تنص على أنه ((إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه)). ويستفاد من هذا النص أن القانون المدني الأردني لا يعوض عن الكسب الفائت، مع أن المادة (266) منه والخاصة بالتعويض عن الفعل الضار قد أجازت التعويض عن الكسب الفائت[2].

أما بالنسبة للقانون المدني المصري فقد شمل التعويض فيه الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، وهذا ما نصت عليه الفقرة (1) من المادة (221) منه، بأنه ((1- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب....)) .

ويقع عبء إثبات الضرر على الدائن، لأنه هو من يدعيه، والضرر لا يفترض بمجرد ثبوت الخطأ، فقد لا ينفذ المدين التزامه، ومع ذلك لا يصيب الدائن ضرر من ذلك[3]، ويعفى الدائن من إثبات الضرر في حالة التعويض الاتفاقي، وفي حالة الفائدة القانونية، وتتفق هاتان الحالتان في أنهما أعفتا الدائن من عبء إثبات الضرر، ولكن الفرق الموجود بينهما أن الضرر في التعويض الاتفاقي مفترض في جانب الدائن ولكن يمكن للمدين أن يثبت عكسه، أي بإمكانه نفي وقوع الضرر، أما في الحالة الثانية وهي الفوائد القانونية فالضرر مفترض وغير قابل

---

[1] د. سلطان، أنور، **مرجع سابق**. ص (271و 272).

[2] د. سوار، محمد وحيد الدين، **الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني**. ط1. عمان- الأردن: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1996. ص 62 و 63.

[3] د. الفار، عبد القادر: **مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)**. **مرجع سابق**. ص (146).

لإثبات العكس، أي أن القانون أعفى الدائن من إثبات الضرر وفي المقابل لم يعطِ للمدين فرصة نفيه.

ثالثاً: علاقة السببية

تعتبر علاقة السببية بمثابة الرابط الذي يجمع ما بين الخطأ والضرر، فحتى يتم إلزام المدين بدفع التعويض للدائن يجب أن يكون خطأ المدين هو من سبب الضرر الذي لحق بالدائن، وهذا ما عبرت عنه المادة (221) من القانون المدني المصري – سالفة الذكر– عندما اشترطت لتعويض الدائن أن يكون الضرر الذي لحق به نتيجة طبيعية لإخلال المدين بتنفيذ التزامه، أي بمعنى آخر حتى لو وجد خطأ لدى المدين وضرر لدى الدائن، ولم يكن خطأ المدين هو من سبب الضرر للدائن، فلا يمكن عندئذ الحديث عن إلزام المدين بتعويض الدائن عما لحق به من ضرر كونه غير مسؤول عن ذلك، فعلاقة السببية معناها أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي أرتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور[1].

وعلاقة السببية باعتبارها الجسر الرابط ما بين الخطأ الحاصل في جانب المدين والضرر اللاحق بالدائن تتنازعها عدة نظريات، سيتم التعرض لاثنتين منها، هما نظرية تكافؤ الأسباب ونظرية السببية الملائمة، فنظرية تكافؤ الأسباب تنطلق من أن السبب باعتباره مجموعة الظروف اللازمة لتحقيق النتيجة، وعدم التفرقة في محيط تلك الظروف بين ظرف وآخر، وتنتهي هذه النظرية من تلك المقدمات إلى أن جميع العوامل التي قد تتضافر في إحداث نتيجة ما، ينبغي أن تكون متكافئة، ومسؤولة بالتالي عن حدوثها، فكل منها يعد شرطاً لحدوثها دون موازنة بين عامل وآخر من حيث قوته، أما نظرية السببية الملائمة فتنطلق من اعتبارات المنطق والتي تميز بين دور العوامل من حيث الدور السببي الذي يعتد به القانون، ذلك أن بعض هذه

---

[1] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1). مصادر الالتزام . مرجع سابق.** ص 990.

العوامل فقط يتضمن في ذاته اتجاهاً إلى إحداث الضرر، أما سائر العوامل فــلا يتضــمن هــذا الاتجاه، أو على الأقل لا يتضمن بالصورة التي يعتد بها القانون[1].

أي أن نظرية تكافؤ الأسباب لا تميز بين السبب الذي كان له الدور الرئيسي والأساسي في إحداث الضرر وبين غيره من الأسباب التي تعد ثانوية، أما نظرية السببية الملائمــة فتأخــذ بهذا التمييز وتعتد بالسبب الرئيسي صاحب الدور الأكثر تأثيراً في تحديد السبب المسؤول عــن إحداث الضرر، وتعتبر هذه النظرية – نظرية السببية الملائمة- الأكثر انســجاماً مــع المنطــق وروح القانون كونها تقيم هذه التفرقة بين الأسباب الرئيسية و الثانوية، ويبقى القــول أن مجــال البحث في النظريات الخاصة بعلاقة السببية هو في إطار البحث فــي المســؤولية التقصــيرية، خاصة عند تعدد الأسباب التي أدت إلى وقوع الضرر.

وإثبات علاقة السببية من جانب الدائن يأتي بعد إثبات الشرطين الأولــين للمســؤولية العقدية وهما الخطأ والضرر، والذي يلعب نوع الالتزام العقدي دور فيه، فإذا كان التزام المــدين التزام بتحقيق نتيجة، فإن عدم تحقق النتيجة المطلوبة يفترض وجود أمران، أولهما خطــأ لــدى المدين، وثانيهما علاقة السببية بين ذلك الخطأ والضرر – إن وجد- الذي لحق بالــدائن نتيجــة لإخلال المدين في تنفيذ التزامه، فعلاقة السببية هنا مفترضة، أما إذا كان التزام المــدين التــزام ببذل عناية فعلى الدائن إثبات الخطأ العقدي في جانب المدين بعدم بذله العناية المطلوبة، وكــذلك عليه إثبات الضرر الذي لحق به، وعندئذ يكون هنالك قرينة قضائية على أن الضرر سببه خطأ المدين[2].

لكن المدين يستطيع أن ينفي عن نفسه المسؤولية إذا أثبت أن إخلاله بالتزامه العقــدي يعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، ومن ذلك وجود القوة القاهرة، فقد أعفت المادة (247) مــن القانون المدني الأردني، المدين من تنفيذ التزامه العقدي إذا كان سبب ذلك القوة القــاهرة التــي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، حيث جاء فيها ((في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قــاهرة

---

[1] د. حبيب، عادل جبري محمد: **المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية**. ط1. مصر: دون دار نشر. دون سنة نشر. ص 311-312. وانظر د. منصور، امجد: **مرجع سابق**. ص 294-295.

[2] د. سلطان، أنور: **مرجع سابق**. ص (280).

تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه فإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين)) وحتى يكون للقوة القاهرة تأثير على التزام المدين يجب أن يكون الحادث الذي يمثل القوة القاهرة غير ممكن التوقع، والعبرة في ذلك وقت التعاقد أي أن لا يكون بالإمكان توقع مثل هذا الحادث، و يقاس ذلك بمعيار الشخص المتبصر أو أشد الناس تبصراً ويقظة، ويجب أن يكون هذا الحادث مستحيل الدفع، بما لا يمكن تجنبه بأي طريقة، وأن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ويستوي أن تكون الاستحالة مادية أو معنوية، وسلطة تقدير ذلك ترجع إلى القاضي[1]، وهذا ما جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (245) لسنة 1990 بأنه ((يستفاد من أحكام المادة (247) من القانون المدني التي تنص أنه (في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ينقضي الالتزام المقابل وانفسخ العقد من تلقاء نفسه) إن الالتزام ينقضي إذا استحال تنفيذه وكانت الاستحالة بسبب قوة قاهرة. والقوة القاهرة هي الحادث الذي لا يمكن توقعه ويستحيل دفعه وإن عدم إمكان توقع الحادث واستحالة دفعه هما الشرط الواجب توافرهما في القوة القاهرة.....))[2]، وكذلك فعل المشرع المصري عندما أعفى المدين من تنفيذ التزامه العقدي لوجود السبب الأجنبي وفق ما نصت عليه المادة (215) من القانون المصري.

ومن الأمثلة التي تساق كمثال على الحالات التي يعفى فيها المدين من التزامه، حصول فيضان أدى إلى قطع الطريق، يعفي الناقل من المسؤولية عن التأخر في نقل البضاعة يعفي الناقل من المسؤولية[3].

---

[1] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1) مصادر الالتزام . مرجع سابق.** ص (996-997).

[2] قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (245) لسنة 1990 نقلاً عن الموقع الإلكتروني **www.qanoun.com** تاريخ 2009/5/9.

[3] د.السرحان ود. خاطر ، عدنان إبراهيم ونوري حمد: **مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)**. ط1. عمان- الأردن: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2000. ص 326.

رابعاً: الإعذار

اشترط المشرع على الدائن لاستحقاقه التعويض شرطاً إجرائيا يتمثل في وجوب إعذار المدين، والذي يعبر من خلاله عن رغبته في استيفاء دينه إن كان محل الالتزام أداء مبلـــغ مـــن المال وتنفيذ الالتزام أياً كان هذا الالتزام، ويشـــترك فـــي هـــذا الشـــرط المشـــرعان الأردنـــي والمصري، إذ نصت المادة (361) من القانون المدني الأردني على أنه ((لا يستحق الضمان إلا بعد اعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو في العقد)) ، وبينت المادة (362) من ذات القانون الحالات التي لا يتوجب فيها على الدائن اعذار مدينه باعتباره شـــرطاً لاســـتحقاق التعويض، إذ جاء فيها ((لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات التاليـــة: 1- إذا أصـــبح تنفيـــذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين. 2- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتـــب علـــى عمل غير مشروع. 3- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تســـمله دون حق وهو عالم بذلك. 4- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه)) وتقابل المـــادة (361) والمادة (362) من القانون المدني الأردني المادة (218) والمادة (220) مـــن القـــانون المدني المصري إلى درجة التطابق في النص والحكم. وبالإضافة إلى هذه الحالات المستثناة من الإعذار بنص القانون، يوجد حالات أخرى يجب على المدين أن ينفذ التزامه فيهـــا دون اعـــذار ورد النص عليها في المواد (851 و 858 و 859) من القانون المدني الأردني في إطار الحديث عن التزامات الموكل والوكيل.

فالأصل أن التعويض لا يستحق إلا بعد اعذار المدين، ولكن هذا ليس شرطاً مطلقاً، إذ أجاز المشرع الحكم بالتعويض إذا وجد نص في القانون أو في العقد يقضي باستحقاقه التعويض دون التقيد بالاعذار، وفق ما جاء في المادة (361) من القانون المدني الأردني، حيث أن الإعذار وجد لتحقيق مصلحة شخصية للمدين، لهذا يجوز الاتفاق على استبعاده واعتبار المـــدين معـــذراً بمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة للاعذار[1]، ما لم يفسخ الدائن هذا الاتفاق بتصرف صـــادر

[1] د. الحلالشه، عبد الرحمن أحمد جمعه: **مرجع سابق**. 89.

منه، كأن يقوم بإنذار المدين مثلاً للمطالبة بقسط معين، فإنه لا يجوز له عندئذ المطالبة بباقي الأقساط إلا بعد اعذار المدين.

والغاية من الإعذار هي تنبيه المدين إلى أنه متأخر في تنفيذ التزامه تأخراً يرتب عليه القانون بعض الآثار، ودعوته لتنفيذ التزامه مع وضعه أمام المسائلة القانونية في حال امتناعه عن ذلك، ولم يحدد المشرع الأردني طريقاً محدداً للقيام بتوجيه الإنذار أو الجهة التي تتولى ذلك حصراً، ولذلك يمكن اعذار المدين عن طريق الكاتب العدل أو بالبريد المسجل[1]، أو بأية وسيلة أخرى تحقق الغاية كالإنذار العادي، وهذا بخلاف ما عليه في الحال في القانون المدني المصري، الذي حدد طريقة الإعذار من خلال ما ورد النص عليه في المادة (219) والتي جاء فيها ((يكون اعذار المدين بإنذاره، أو ما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إجراء آخر)).

فالإعذار شرط إجرائي أوجده المشرع ليعبر من خلاله الدائن عن رغبته وحاجته للتنفيذ ، ولإعطاء الفرصة للمدين لتنفيذ التزامه ولتنبيهه بضرورة القيام بذلك، وسيكون الإعذار بكل ما يتعلق به من أحكام وجوانب قانونية محلا للدراسة في الفصل الثاني من هذا الرسالة، عند دراسة الأحكام الخاصة بالتعويض عن التأخير.

الفرع الثاني: حالات استحقاق التعويض في المسؤولية العقدية

يرتب العقد مجموعة من الالتزامات في ذمة طرفيه أو في ذمة أطرافه عند تعددهم، وينصب اهتمام أطراف العقد على تنفيذ هذه الالتزامات باعتبارها الغاية المقصودة من وراء التعاقد أو ما يطلق عليه سبب العقد[2]، وعند الإخلال بتنفيذ هذه الالتزامات تنشأ مسؤولية المدين في تعويض الطرف الآخر في حال ترتب على عملية الإخلال هذه، أضرار، وتتعدد هذه الصور

---

[1] د. الذنون، حسن علي ود.الرحو، محمد سعيد: **مرجع سابق**. ص 94و95.

[2] د. دواس، أمين: **مصادر الالتزام (المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة)**. ط1. رام الله– فلسطين: مكتبة دار الشروق للنشر والتوزيع. 2004. ص 110 وما بعدها.

التي يظهر فيها تقصير المدين في تنفيذ ما عليه من التزامات عقدية، وهي عدم تنفيذ الالتزام والتنفيذ المعيب للالتزام أي بصورة مغايرة لما تم الاتفاق عليه في العقد، والتأخر في التنفيذ عن الموعد المقرر في العقد، وهذه الحالات الثلاث يمكن تصنيفها على أنها حالات استحقاق التعويض، ويمكن كذلك اعتبارها صور الخطأ العقدي، ومن خلال الآتي سيتم دراسة هذه الحالات.

أولاً: عدم تنفيذ الالتزام العقدي

تتحدد الالتزامات العقدية الملقاة على عاتق طرفي العقد بما يتم الاتفاق عليه، وذلك على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين بشرط عدم مخالفة هذا الاتفاق لأي قاعدة قانونية آمرة، ويتدخل القانون في عملية تحديد هذه الالتزامات والمسؤول عن تنفيذها عند سكوت العقد عن ذلك، من خلال القواعد القانونية المكملة التي يجوز لأطراف العقد مخالفتها ابتداءً، ولكن عند عدم وجود اتفاق حول الالتزامات التي تنظمها تلك القواعد تصبح ملزمة التطبيق لطرفي العقد، ومن ذلك مثلاً تنص المادة (522) من القانون المدني الأردني على أنه ((على المشتري تسليم الثمن عند التعاقد أولاً وقبل تسليم المبيع والمطالبة به ما لم يتفق على غير ذلك)) وتنص المادة (456) فقرة (1) من القانون المدني المصري على أنه ((1- يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك))، ومع أن هاتين المادتين تناولتا موضوع الثمن في عقد البيع من زاويتين مختلفتين، إلا أنهما بينتا أنه في حال عدم وجود اتفاق بين طرفي العقد على بعض الالتزامات، فإن القانون يتدخل ليحدد تلك الالتزامات ويحدد المسؤول عن القيام بها.

ويستحق الدائن التعويض ويستطيع المطالبة به في حال عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي أياً كان نوع هذا الالتزام، مع أن غاية المتعاقد من وراء العقد هي تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه العقدي، فالأصل أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما التزم الوفاء به[1]، ولا يصار إلى طلب التعويض أو الحكم به مادام التنفيذ العيني للالتزام ممكناً وفقاً لما نصت عليه المادة (355) من

[1] د. الحلالشة، عبد الرحمن أحمد جمعه: **مرجع سابق.** ص85.

القانون المدني الأردني، والمادة (203) من القانون المدني المصري، ولكن إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً نتيجة لخطأ المدين، وفي حال رفض المدين تنفيذ التزامه العقدي الذي يتطلب تنفيذه تدخله الشخصي بأن تكون شخصية المدين محل اعتبار كما لو كان رساماً أو ممثلاً أو غير ذلك، عندئذ يمكن للدائن طلب التعويض ويمكن للمحكمة الحكم به، أما إذا كان تنفيذ الالتزام ممكناً وليس فيه إرهاق للمدين فإنه لا مجال لطلب التعويض عندئذ[1]، ما لم يكن باتفاق الطرفين.

والتعويض الذي يطالب به الدائن وتحكم به المحكمة في حال عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي لا يعتبر التزاماً تخييرياً لأحد طرفي العقد، لأنه لا يملك الدائن وحده أو المدين وحده أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني، فللدائن رفض التعويض إذا تقدم به المدين وله أن يطالب بالتنفيذ العيني، وللمدين رفض طلب الدائن بالتعويض بأن يقوم بالتنفيذ العيني[2].

ثانياً: تنفيذ الالتزام العقدي تنفيذاً معيباً

الأصل في عملية التنفيذ أن تأتي وفقاً لما تم الاتفاق عليه في العقد، ووفقاً لما ينص عليه القانون في حال سكوت العقد عن تنظيم وتحديد بعض الالتزامات، ولذلك لا يعتبر المدين قد وفّى بالتزامه العقدي ما لم تكن عملية التنفيذ مطابقة للعقد والقانون، فمثلاً لا يعتبر البائع في عقد البيع وقد وفّى بالتزامه العقدي إذا كان المبيع مخالفاً في مواصفاته لما تم الاتفاق عليه في عقد البيع ولا يعتبر المقاول قد نفذ ما عليه من التزامات عقد المقاولة إذا تبين أن البناء الذي تم تشييده مخالف في مواصفاته لما تم الاتفاق عليه في عقد المقاولة، فالذي يحدد ما إذا كان تنفيذ المدين لالتزامه العقدي تنفيذاً صحيحاً أم معيباً هي بنود العقد ونصوص القانون (القواعد القانونية المكملة)، وتنطبق الأحكام الخاصة بالتعويض في حال عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي على هذه الحالة، ذلك أن الدائن لا يستطيع طلب التعويض ما دام التنفيذ العيني ممكناً، بمعنى أنه إذا كان بإمكان المدين، وهو المقاول في عقد المقاولة، إصلاح العيوب الموجودة في البناء عندئذ لا يصار إلى الحكم عليه بالتعويض، ولكن عملياً تختلف هذه الحالة عن سابقتها في أن المدين في

[1] للمزيد أنظر د. السنهوري: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2) نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات – آثار الالتزام** . ط3. بيروت– لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. 2000. ص 760 وما بعدها.

[2] د. الحلالشه. عبد الرحمن أحمد جمعه: **مرجع سابق.** ص 87.

هذه الحالة قد قام بعملية التنفيذ ولكنها معيبة، أما في الحالة السابقة – عدم التنفيذ– فإن المدين لم يقم بتنفيذ ما عليه من التزام عقدي أصلاً، فمن الناحية القانونية تشتركان في الأحكـام القانونيـة وتختلفان عملياً من حيث التنفيذ من عدمه.

ثالثاً: تأخر المدين في تنفيذ التزامه العقدي

يتوجب على المدين أن ينفذ التزامه العقدي في الوقت المحدد المتفق عليه في العقـد أو المنصوص عليه في القانون، فتسليم المبيع في عقد البيع يجب أن يتم في الزمان والمكان المتفق عليهما في عقد البيع، والانتهاء من تشييد البناء يجب أن يتم في الموعد المتفق عليه فـي عقـد المقاولة وتوريد البضاعة يجب أن يتم في المواعيد المحددة في عقد التوريد .... الخ، ذلـك أن المدين لا يعتبر قد وفَى بالتزامه العقدي إذا كانت عملية التنفيذ قد جاءت متأخرة عـن موعـدها المتفق عليه في العقد.

ومما يميز حالة التعويض عن التأخير عن حالة عدم التنفيذ، أنه في هذه الحالة – حالة التأخير في التنفيذ– من الممكن والمتصور أن يجتمع نوعا التنفيذ وهما التنفيذ العيني والتعويض أو ما يسمى بالتنفيذ بطريق التعويض كما وردت تسميته في القانون المدني الأردني، فإذا تـأخر المدين في تنفيذ التزامه ولكن عملية التنفيذ لا زالت ممكنة رغم التأخر فيها، فإن من حق الـدائن المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة للتأخير ومن حقه كذلك المطالبة بـإلزام المـدين بتنفيذ التزامه عيناً، عندئذ يكون قد اجتمع التنفيذ العيني للالتزام والتعويض عن التأخير[1]، أما في حال عدم التنفيذ فلا يجتمع التنفيذ العيني مع التعويض[2].

ويمكن في إطار دراسة الأحكام الخاصة بالتعويض عن التأخير – باعتباره أحد حالات استحقاق التعويض– التفرقة بين التعويض عن التأخير في حال كان التزام المدين أداء مبلغ مـن النقود وبين التأخير في تنفيذ الالتزامات الأخرى، إذ يتوجب على الـدائن فـي حـال مطالبتـه بالتعويض عن التأخير في تنفيذ أي التزام ما عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود، أن يثبت بأنه قـد

---

[1] د. سعد، نبيل إبراهيم: **مرجع سابق**. ص .43.

[2] د. الحلالشه، عبد الرحمن أحمد جمعه: **مرجع سابق**. ص 86.

لحق به ضرر نتيجة لتأخر المدين في تنفيذ التزامه، أي بأن يثبت شروط اســتحقاق التعــويض وهي الخطأ العقدي وهو في هذه الحالة التأخير في التنفيذ والضرر وعلاقة السببية بينهما، بينما في حال كان التزام المدين دفع مبلغ من النقود وتأخر في تنفيذ التزامه، فقد أعفت المادة (167) فقرة (1) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني المعدل والمادة (228) من القانون المدني المصري – السابق ذكرهما– في هذه الحالة الدائن من عبء إثبات الضرر، إذ اعتبر المشــرع أن الضرر في هذه الحالة مفترض وغير قابل لإثبات العكس بأن حرم المدين من فرصــة نفــي وقوعه –أي الضرر– في جانب الدائن، وهذا ما عليه الحال في القوانين المقارنة[1].

[1] د. الذنون، حسن علي: **المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر). مرجع سابق.** ص 330–331.

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة من التعويض عن التأخير

يعتبر التعويض عن التأخير موضوع محل خلاف بالنسبة للفقه الإسلامي المعاصر، إذ اختلف الفقهاء المعاصرون الذين بحثوا في هذا الموضوع، فقد انقسموا بين مؤيد وقائل بجـــواز الأخذ به ضمن شروط وضوابط ستتم دراستها في هذا المبحث، وبين رافض لهذا النـــوع مـــن التعويض باعتباره نوع من أنواع الربا المحرم، ولكل فريق من الفريقين أدلته وحججه، وهذا ما سيكون محلاً للدراسة من خلال التعرض لموقف الفريقين ودراسة أدلة وحجج كل فريق منهما، وكذلك الحال بالنسبة للقوانين المدنية العربية المقارنة، إذ اختلف موقف المشرعين العـــرب فـــي هذه القوانين في تنظيمهم لهذا النوع من التعويض، بين من نص عليه ونظمه ضـــمن الأحكـــام الخاصة بالتعويض، ومن تجاهله دون أن يرفضه صراحة ونظمه في قوانين خاصة، وفي هـــذا المبحث سيتم دراسة هذا النوع من التعويض في بعض القوانين المدنية العربية، وإجراء مقارنـــة فيما بينهما، وتتوزع دراسة هذا المواضيع على مطلبين، سيتم في المطلـــب الأول البحـــث فـــي موقف الفقهاء المسلمين المعاصرين من التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام، وفي المطلـــب الثاني سيتم دراسة المواقف التشريعية لبعض المشرعين العرب من هذا النوع من التعويض.

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن التأخير

أصبح المال في هذه الأيام عصب الحياة الاقتصادية وذلك نتيجة لتطور الحياة وتعقدها على عكس ما كان عليه الحال في الماضي، إذ كانت المعاملات الماليـــة تـــتم بيســـر وســـهولة وبساطة، فمن لا يملك المال في هذه الأيام لا يستطيع القيام بأي عمل من الأعمال التي يســـعى إليها، وبذلك يترتب على امتناع المدين عن سداد ما عليه من أموال للغير (ديون) إلحاق الضرر بدائنيه، لأن الحياة الاقتصادية سلسلة عمليات مترابطة يؤثر بعضها بالبعض الآخر، وفـــي هـــذا الجزء من الرسالة سيتم دراسة موقف الإسلامي المعاصر من التعويض الذي يستحقه الدائن في

حال تأخر المدين في سداد وتنفيذ ما عليه من الالتزامات لدائنه، واقتصار البحث في هذه المسألة على الآراء الفقهية المعاصرة يرجع إلى ثلاثة أسباب هي[1]:

1- أنه لم يكن لهذا الأمر من الأهمية والتأثير في حركة التعامل والتجارة ما أصبح له في العصر الحاضر.

2- أن إجراءات التقاضي كانت في الماضي أيسر وأسرع مما عليه الآن، فلم يكن يحتاج الدائن وقتاً طويلاً للحصول على حقه من مدينه نظراً لسهولة وبساطة إجراءات التقاضي، وبالتالي لم يكن للتأخير محلاً في تلك الإجراءات بعكس ما عليه الحال، إذ يحتاج الدائن وقتاً طويلاً للحصول على حقه بسبب إجراءات التقاضي الطويلة والمعقدة.

3- بسبب حساسية البحث في هذه المسألة، وهو خوف الوقوع في الربا، ذلك أن فكرة إعطاء الدائن زيادة فوق أصل الدين مقابل تضرره من تأخر المدين في الوفاء بالتزامه تشبه كونها زيادة في الدين مقابل الأجل، لذلك تجنبوا البحث فيها.

وبعد أن أصبح البحث في مسألة تعويض الدائن في حال تأخر المدين في الوفاء بالتزامه محلاً للدراسة في العصر الحالي، تعددت الآراء الفقهية حول هذا النوع من التعويض بين مؤيد له ومبين الأحكام الخاصة به، وبين رافض ومحرم، ويشار إلى أن الفقه الإسلامي يستعمل مصطلح المطل أو المماطلة للدلالة على تأخر المدين في تنفيذ التزامه، والمطل أو المماطلة في الاصطلاح الشرعي[2] منع قضاء ما استحق أداؤه، أو منع قضاء ما استحق عليه قضاؤه. وتأخير ما بيع على النقد عن الوقت المعتاد في ذلك على وجه ما جرت عليه عادة الناس من القضاء، أو تأخير ما استحق أداؤه بغير عذر.

---

[1] د. الزرقا، مصطفى: ***هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟*** **مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي**. جدة- المملكة العربية السعودية: مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي – جامعة الملك عبد العزيز. ع2. م1985/2. ص 104-105.

[2] مشار إليه لدى عيد، عادل عبد الفضيل: **البيع بالتقسيط في الاقتصاد الإسلامي**. الإسكندرية- مصر: دار الفكر الجامعي. ط1. 2009. ص 439.

وبذلك فإن المطل أو المماطلة تكون في الالتزامات المستحقة الأداء، أما الالتزامات المؤجلة كالدين المؤجل الذي لم يصبح بعد مستحق الأداء فإن تأجيل دفعه لا يعتبر من باب المماطلة، لأنه طالما رضي الدائن بتأجيله فقد اسقط حقه في التعجيل، ومن ثم لا يعتبر الممتنع عن الوفاء في هذه الحالة مماطلاً، بل متمسكاً بحق شرعي[1].

يفهم مما سبق أن المطل أو المماطلة في أداء الدين وصف يلحق بالمدين ولا بد من توفر أمران لوجوده، أولهما أن يكون الدين حال الأداء ويتأخر المدين في سداده، فالديون المؤجلة – كما سبق وذكر– تخرج من هذه الدائرة، وثانيهما أن يكون المدين قادراً على أداء الدين دون أن يتوفر لديه أي عذر يمنعه من ذلك، فعلى هذا النحو ينطبق على المدين الموسر القادر على أداء الدين المستحق الأداء والذي يتأخر في أدائه، وصف المدين المماطل، أما المدين المعسر[2] أو الموسر الذي لا يستطيع أداء الدين لوجود عذر لديه أياً كان هذا العذر، فلا ينطبق عليه هذا الوصف.

وبالعودة إلى الآراء الفقهية حول جواز الحكم بالتعويض على المدين المماطل، يتبين وجود العديد من الآراء اتفقت في بعض الجوانب وتعارضت واختلفت في جوانب أخرى، ومن خلال الآتي سيتم دراسة الآراء التي أيدت الأخذ بالتعويض عن التأخير والآراء التي رفضته، وكذلك الآراء أو الرأي الذي أقترح بديلاً مستحدثاً للتعويض عن التأخير، وذلك من خلال الآتي.

الفرع الأول: الاتجاه الفقهي المؤيد للتعويض عن التأخير

يعتبر الأستاذ مصطفى الزرقا أول الباحثين في موضوع التعويض عن ضرر المماطلة في أداء الدين[3]، وهو من القائلين بجواز الحكم على المدين المماطل بالتعويض ولكن ضمن

---

[1] د. عيد، عادل عبد الفضيل: **المرجع السابق**. ص 440.

[2] د. الدخيل، سلمان بن صالح: **التعويض عن الأضرار المترتبة على المماطلة في الديون**. ص 1. بحث منشورعلى الموقع الالكتروني **www.saaid.net**تاريخ 2011/3/27.

[3] د. الخثلان، سعد بن تركي: **الزمن في الديون وأحكامه الفقهية**. بحث منشور على الموقع الالكتروني www.saadalkthlan.net تاريخ 2011/2/26.

شروط وضوابط، واستند في ذلك إلى العديد من الأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية، أما بالنسبة للشروط والضوابط الواجب توفرها لذلك فهي[1]:

1- أن يكون المدين موسراً لا معسراً، لأن المدين المعسر يخرج عن نطاق الأحكام الخاصة بالمدين المماطل.

2- أن يتولى القضاء مهمة تحديد مقدار التعويض الواجب دفعه من خلال الاستعانة بالخبرة، ومما تجدر الإشارة إليه بخصوص الضرر الواجب التعويض أن الأستاذ مصطفى الزرقا لم يشترط على الدائن إثبات الضرر لتعويضه، وإنما افترض وقوعه لمجرد المماطلة مع إثبات الدائن أنه حقق ربحاً خلال فترة المماطلة.

3- أن يكون التعويض المحكوم به على المدين للدائن، على أساس ما فات الدائن من ربح معتاد من طرق التجارة العامة بأدنى حدوده العادية لو أنه قبض دينه في موعده واستثمره بالطرق المشروعة، ولا عبرة في ذلك لسعر الفوائد البنكية.

4- لا يجوز الاتفاق مقدماً بين الدائن والمدين على مقدار التعويض الواجب دفعه، حتى لا يكون ذلك وسيلة وذريعة للوصول إلى الربا والتعامل به.

أما الأدلة التي استند إليها الأستاذ مصطفى الزرقا في رأيه هذا، فهي كثيرة وموزعة بين آيات من القرآن الكريم ومن السنة النبوية الشريفة والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية، وهذا بعض منها:

من القرآن الكريم استند الأستاذ الزرقا إلى قوله تعالى ((يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود))[2] ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أن الأمر يفيد الوجوب والوفاء بالعقد يستلزم التقيد بمواعيد الوفاء، وبالتالي يكون المدين المتأخر عن سداد دينه في موعده في مركز المقصر الذي

---

[1] د. الزرقا، مصطفى: ***هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟***. **مرجع سابق**. ص 111-112.

[2] القرآن الكريم، **سورة المائدة**. آية رقم 1.

يتسبب في حرمان صاحب الحق من التمتع بحقه والاستفادة المشروعة منـــه، وهـــذا الحرمـــان والضرر يجعل المتسبب فيه مسؤولاً عن تعويضه. ومن الأدلة كذلك قوله تعـــالى ((ولا تـــأكلوا أموالكم بينكم بالباطل))[1] والمال حسب رأي الأستاذ مصطفى الزرقا يشـــمل المنـــافع فقهـــاً، ولا يقتصر على الأعيان في نظر جمهور الفقهاء، ولا شك أن تأخير أداء الحق المستحق في موعده الواجب بلا عذر شرعي هو أكل لمنفعة الحق والمال بلا إذن صاحبه طوال مدة التأخير ويوجب مسؤولية الآكل.

ومن السنة النبوية الشريفة استند الأستاذ الزرقا إلى قوله – صلى الله عليه وســـلم– : ((لا ضرر ولا ضرار)) وهذا يوجب تعويض المضرور على حساب من سبب الضرر وأحدثـــه لغيره لأنه مسؤول عنه، ولإزالة هذا الضرر لا بد من التعويض، ولأن معاقبة المسبب للضـــرر لا تفيد المضرور دون التعويض، فالتعويض هو الذي يزيل الضرر.

كما أن من أسس الشريعة الإسلامية العامة عدم المساواة بين الأمين والخـــائن وبـــين المطيع والعاصي لأوامرها، وبين العادل والظالم، ولا بين من يؤدي الحقوق إلى أصحابها فـــي مواعيدها ومن يجحدها أو يمنعها، ويقود ذلك إلى القول أن عدم إلزام المدين المماطل في الوفاء الذي هو مدين ظالم بالتأخير، بتعويض الدائن، هو نوع من المساواة بين من يؤدي الحقوق إلـــى أصحابها في موعدها ولا يسبب ضرراً، وبين من يماطل في أداء تلك الحقوق ولا يؤديهـــا فـــي موعدها.

وبالإضافة إلى الأدلة التي تم عرضها، هنالك العديد من الأدلة والأســـانيد والأحكـــام الفقهية التي اعتمد عليها الأستاذ الزرقا في تدعيم رأيه القائل بوجوب تعويض الدائن عن ضرر المماطلة، ومن ذلك إجراء مقاربة ومقارنة بين الحكم الخاص بالغاصب والذي يلزمه بتعـــويض صاحب المال المغصوب والتعويض عن التأخير، لأن الغاصب يضمن منافع المال المغصـــوب مدة الغصب عند جمهور الفقهاء، إلى جانب ضمان قيمته لو هلك عنده، وبما أن الدين لا يتصور هلاكه باعتبار أن محله ذمة المدين، لذا يبقى أن يضمن المدين منافع المال الذي ماطل في أدائه

---

[1] القرآن الكريم، **سورة البقرة**. آية رقم 188.

قياساً على الأحكام الخاصة بالغصب، ومنافع هذا الدين التي يحجبها المدين عن الدائن هي محل الهلاك أو التعطيل المضمون على المدين، فضرر الدائن من تأخير وفاء الـــدين عـــن موعـــده ينحصر فيما فاته من منافع دينه لو قبضه في ميعاد وفائه.[1]

وهنالك رأي فقهي آخر[2] يرى جواز تعويض الدائن عن الضرر الذي يســـببه المـــدين نتيجة المماطلة في أداء الدين المستحق، ولكن ضمن الضوابط التالية:

1- يجوز للدائن (البنك) - حسب هذا الرأي- أن يتفق مع المدين (العميل) على أن يدفع لـــه تعويضاً عن الضرر الذي يصيبه بسبب التأخير وينصب هذا الاتفاق على مبدأ التعويض دون تحديد مقداره، وبشرط أن يكون هذا الضرر مادياً وفعلياً وأن يكون المدين موســـراً ومماطلاً، ويحسب مقدار التعويض على أساس الربح الفعلي الذي حققه الدائن (البنـــك) في المدة التي تأخر فيها المدين عن الوفاء، وإذا لم يحقق ربحاً في تلك المدة لا يطالـــب المدين بشي، ولا مانع من إيقاع عقوبة معنوية على المدين المماطل من خلال الســـماح للدائن بالإعلان في الصحف بأن مدينه مماطل.

2- لا يجوز أن يطالب المدين المعسر بالتعويض.

3- يتوجب على الدائن (البنك) أن يتخذ كل الاحتياطات الممكنة التـــي تمنـــع المـــدين مـــن المماطلة وتجنب الدائن المطالبة بالتعويض، وذلك من خلال وجـــود ضـــمانات للـــدين، شخصية كالكفالة أو عينية كالرهن.

يلاحظ على هذا الرأي أنه أجاز الاتفاق بين الدائن والمدين على مبدأ التعويض دون أن يحدد فيه مقدار التعويض، بأن ترك المجال لتحديده لسلطة القاضي على أساس الربح الفعلي الذي

---

[1] د.الزرقا، مصطفى: ***هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟***. **المرجع الســـابق**. ص 105-110 .

[2] د. الضرير، الصديق محمد الأمين: ***الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة***. **مجلة أبحاث الاقتصـــاد الإسلامي**. جدة- المملكة العربية السعودية: مركز أبحاث الاقتصاد الإســـلامي - جامعـــة الملـــك عبـــد العزيـــز. ع1. م1985/3. ص 117-118.

يحققه الدائن خلال مدة التأخير، ويتفق هذا الرأي مع رأي الأستاذ الزرقا في القول بجواز التعويض، ويتقدم عليه بإجازته الاتفاق على مبدأ التعويض دون المقدار، ويتفق الرأيان في استبعاد المدين المعسر من أحكام التعويض عن المماطلة وعدم إجازة الاتفاق على مقدار التعويض درءً لشبهة الربا، ويحاول صاحب الرأي أن يوجد الوسائل التي يمكن من خلالها للدائن أن يستوفي دينه دون أن يترك للمدين فرصة المماطلة من خلال اقتراحه وجود ضمانات للدين إما عينية كالرهن أو شخصية كالكفالة.

وإلى جانب الرأيين الأول والثاني، هنالك رأي ثالث[1] يجيز تعويض الدائن عن ضرر المماطلة، وتظهر خصوصية هذا الرأي قياساً بما سبقه من آراء، أن الضرر الواجب التعويض وفقاً لهذا الرأي هو الضرر غير المألوف، وهو ما كان ضرراً غير عادي له صفة الاستثناء، ومن أمثلته أن يكون الدائن قد اعتمد على أن المدين سيوفي الدين في موعد استحقاقه، وارتبط بناء على ذلك بصفقة يلتزم فيها بمبلغ يستحق في موعد استحقاق الدين الذي له أو بعده بقليل، وبسبب عدم وفاء مدينه وعدم وفائه بما عليه تبعاً لذلك، فسخ العقد وحكم عليه بالتعويض، أو أن يكون الدائن قد اعتمد على المبلغ الذي لم يفِ به المدين ليفي به ديناً عليه، ولما تأخر المدين تأخر الدائن في الوفاء بما عليه وترتب على ذلك الحجز على ممتلكاته وبيعها جبراً. وعلة قصر التعويض على الضرر غير المألوف دون الربح الفائت كما في الرأيين الأول والثاني، هو أن الربح الفائت – وفقاً لهذا الرأي– غير مؤكد الحصول، فقد يربح الدائن من الدين الذي يأخذه من المدين وقد لا يربح، ولأن إباحة التعويض عن الربح الفائت من جراء تأخر المدين في الدفع قد يؤدي إلى الربا المعروف بالقوانين الوضعية باسم (الفوائد التأخيرية).

من خلال ما سبق عرضه من آراء فقهية لفقهاء معاصرين حول موضوع التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، والتي تصنف ضمن آراء الفقهاء القائلين بجواز هذا النوع من

---

[1] د. شعبان، زكي الدين: ***تعليق على بحث الدكتور مصطفى الزرقا هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟***. **مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي**. جدة– المملكة العربية السعودية: مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي – جامعة الملك عبد العزيز. م1989/1. ص 215–219.

التعويض، مع الاختلاف الموجود بينها، لا بد من التوقف عند العديد من المسائل التي يجب التوقف عندها فيما يتعلق بهذه الآراء، وهي على النحو التالي:

1- من الملاحظ أن آراء الفقهاء التي سبق عرضها تركز على موقف الفقه الإسلامي المعاصر من التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه المتمثل بأداء مبلغ من النقود، بمعنى أنها لم تبين موقف الفقه الإسلامي من تعويض الدائن في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه إذا كان ذلك الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، ومع ذلك هنالك آراء فقهية معاصرة أخرى تجيز التعويض المتفق عليه في العقد بما يسمى بالشرط الجزائي، إذا كان ذلك التعويض يستحق في حال أخل المدين بالتزامه العقدي المتمثل بتأخره في القيام بالعمل المتفق عليه أو الامتناع عن عمل، لأنه ليس في الفقه الإسلامي ما يمنعه، بل على العكس فيه ما يؤيد الأخذ به[1]، وهذا النوع من التعويض ليس فيه شبهة الربا لأن القصد من وراءه ضمان تنفيذ المدين لالتزامه[2].

2- لم يشترط الأستاذ مصطفى الزرقا على الدائن (البنك) أن يثبت الضرر الذي لحق به نتيجة لتأخر المدين في الوفاء بدينه، وإنما اعتبر أن الضرر مفترض، ويتمثل هذا الضرر بفوات فرصة استثمار المال الذي تأخر المدين في سداده عن موعده، ولكن ماذا لو أن السيولة النقدية التي كانت متوفرة لدى الدائن (البنك) طوال المدة التي تأخر فيها المدين عن موعد الوفاء بدينه (مدة المماطلة) كبيرة، بمعنى أن الدائن (البنك) لم يستطع خلال تلك المدة استثمار كامل تلك السيولة، فأين الضرر الذي لحق بالبنك خلال تلك المدة؟ ذلك أن مبلغ الدين لو سدد في موعده لن يجد البنك أمامه فرصة لاستثماره وسيتحول إلى سيولة نقدية فقط.

3- إن الآراء التي سبق عرضها جاءت لتنظم علاقة المديونية القائمة ما بين البنك الإسلامي وعملائه (مدينيه)، لذلك تم الحديث عن الضرر المفترض المستمد من ضياع فرصة استثمار

---

[1] د. كرسون، محمد علي: **شبهة الربا وأثرها في عقد البيع والمعاملات المالية المعاصرة**. ط1. الإسكندرية- مصر: دار الفكر الجامعي. 2009. ص 446-449.

[2] د. جاد الرب، حسني محمد: **التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه**. ط1. الإسكندرية- مصر: دار الفكر الجامعي. 2006. ص 125.

المال، وكذلك الحديث عن طريقة حساب مقدار التعويض على أساس الربح الفعلي الذي حققه الدائن (البنك) خلال مدة المماطلة، ولكن ماذا عن علاقة المديونية القائمة بين دائن ومدين عاديين ليس البنك طرفاً فيها، ما هو الضرر الذي يجب تعويضه، وهل الضرر مفترض أم يجب إثباته، وكيف يمكن حساب التعويض؟

4- اشترط الرأي الثالث للتعويض عن التأخير أن يقتصر التعويض على الضرر غير المألوف، وهذا النوع من الضرر من المتصور حدوثه ضمن علاقة مديونية قائمة بين شخصين طبيعيين، لأنه قد يؤدي تأخر مدين عن سداد دينه في موعده إلى إفلاس الدائن، خصوصاً إذا كان الدائن قد رتب عليه التزامات للغير بناء على موعد سداد مدينه، ولكن من النادر أن يؤدي تؤخر مدين في سداد دينه عن موعده إلى إفلاس البنك أو أن يؤدي إلى إلحاق ضرر غير مألوف به، وعلى افتراض وقوع مثل هذا الضرر بالبنك، فإن ذلك يعني أن حالات تعويض البنك في حال تأخر المدين في سداد دينه عن موعده، هي حالات نادرة، ندرة وقوع مثل هذا الضرر في جانب البنك.

5- إذا كان عدم التعويض عن الربح الفائت بما أنه غير مؤكد الحصول يؤدي إلى الربا، وفقاً للرأي الثالث، أمراً مسلماً به وله ما يبرره وفقاً لهذا الرأي، ولكن ما الذي يبرر قصر التعويض عن الضرر غير المألوف دون الضرر المألوف؟ وما الذي يميز بينهما؟

الفرع الثاني: الاتجاه الفقهي المعارض للتعويض عن التأخير

في مقابل الاتجاه الفقهي الأول الذي يجيز التعويض عن ضرر المماطلة (التأخير) ضمن شروط وضوابط سبق عرضها، هنالك اتجاه فقهي آخر يرى عدم جواز تعويض الدائن عن ضرر المماطلة، ويستند هذا الاتجاه إلى العديد من الأدلة والمبررات التي يرد من خلالها على الأدلة التي اعتمد عليها واستند إليها الاتجاه الفقهي المجيز لهذا النوع من التعويض، وفي معرض الرد على هذه الأدلة وتحديداً الأدلة التي استند إليها الأستاذ الزرقا، استند المعارضون له في رأيهم إلى الأمور التالية:

1- أن قابلية النقود للزيادة منفعة غير محققة، وبالتالي لا يعتبر المدين المماطل آكل لمنفعة هذا المال، ومن أجل ذلك لا يعتبر ما فوته المدين المماطل على الدائن مالاً حتى يطالب بجبره بالمال، ومبدأ الضمان في الشريعة قائم على أساس المماثلة بين الفائت وعوضه، ولا مماثلة بين المنفعة الفائتة غير المحققة، والمال وبالتالي لا يجوز التعويض في هذه الحالة[1].

2- أن الشريعة الإسلامية إذا قضت بعدم التعويض على المدين المماطل فإنها بذلك لا تساوي بينه وبين من يؤدي الدين في موعده، لأن المدين المماطل ظالم يستحق العقاب في الدنيا بالتعزير وفي الآخرة سيكون ذلك سبباً لسخط الله ونقمته على الظالم[2].

3- أن قياس تعويض الدائن عن تأخر المدين في الوفاء بدينه على تضمين الغاصب منافع المال المغصوب، قياس مع الفارق، لأن الرأي الفقهي القائل بتضمين الغاصب منافع المال المغصوب –وهو مذهب الشافعية والحنابلة– يشترط في المنفعة التي تضمن أن تكون مالاً يجوز أخذ العوض عنه، وذلك بأن يكون المغصوب من الأعيان التي يصح أن يرد عليها عقد الإجارة، فمنافع المال غير محققة مع أنها ممكنة ورفض جميع الفقهاء إجارة النقود، أما منافع المال المغصوب المقومة التي يرد عليها عقد الإجارة فهي منافع محققة لها أجر المثل، وبالتالي لا يجوز القياس أو المقارنة بينهما[3]، ويذهب رأي فقهي آخر إلى أن الغاصب غير ملزم بتعويض صاحب المال المغصوب عن منافع هذا المال مدة الغصب، مع أن منع المال من صاحبه بسبب الغصب والسرقة أشد ظلماً من منعه بسبب المماطلة[4]، وهذا الرأي فيه قياس ومقارنة من نوع آخر.

---

[1]. د. حماد، نزيه كمال: ***المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة*. مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي.** جده– المملكة العربية السعودية: مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي –جامعة الملك عبد العزيز. ع1.م1985/3. ص 110.

[2] د. حماد، نزيه كمال: **المرجع السابق.** ص 112.

[3] د. حماد، نزيه كمال: **المرجع السابق.** ص 109-110.

[4] د. الدخيل، سلمان بن صالح. **مرجع سابق.** ص 9.

4- مع أنه قد يترتب ضرر يلحق بالدائن نتيجة لتأخر المدين في الوفاء بدينه، إلا أنه ليس كل ضرر موجب للتعويض المالي على قاعدة لا ضرر ولا ضرار، فلم يرد نصاً صريحاً على إزالة الضرر المماطلة عن طريق التعويض المالي[1].

5- أن اشتراط التعويض عن التأخير في العقد ما هو إلا اشتراط لربا النسيئة[2]، وأن إجازة هذا النوع من التعويض سيؤدي إلى فتح باب من أبواب الربا[3].

6- أن الفقه الإسلامي ليس مسؤولاً عن إيجاد الحلول لمشكلات أفرزتها تشريعات وضعية أدت إلى تعقيد إجراءات التقاضي وإطالة أمدها مما أدى إلى إلحاق الضرر بصاحب الحق الذي يلجأ إلى القضاء للمطالبة بحقه[4].

يبدو من الأدلة التي ستند إليها هذا الاتجاه الفقهي الرافض لمبدأ التعويض عن التأخير (المماطلة) أن هاجس الخوف من الوقوع في الربا، باعتبار أن التعويض عن التأخير يمثل زيادة تلحق بأصل الدين، هو المسيطر عليه، مع هنالك العديد من الفروق بين التعويض عن التأخير والفوائد (الربا)، وهي ما يلي:

1- أن الفوائد الربوية لا تفرق بين موسر ومعسر، فهي ملزمة لكليهما، أما التعويض عن التأخير فلا يلزم به إلا المدين الموسر المماطل أما المدين المعسر فلا يطالب بالتعويض عن التأخير إلا بعد يساره (بأن يصبح قادراً على الدفع)، كما أن الفوائد تلزم المدين في جميع الأحوال وهي مستحقة دون أن يشترط فيها الضرر في جانب الدائن أو المماطلة في

---

[1] شرف، أحمد أسعد: **أحكام المدين المماطل في الفقه الإسلامي.** (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس . فلسطين.2001. ص 113.

[2] عيد، عادل عبد الفضيل: **مرجع سابق.** ص 485. ويعرّف ربا النسيئة بأنه الزيادة في الدين نظير الأجل وسمي هذا النوع من الربا ربا النسيئة من أنسأته الدين: أخرته- لأن الزيادة فيه مقابل الأجل أياً كان سبب الدين بيعاً أو قرضاً، أما ربا الفضل يكون بالتفاضل في الجنس الواحد من أموال الربا إذا بيع بعضه ببعض، كبيع درهم بدرهمين نقداً، أو بيع صاع قمح بصاعين من القمح، ونحو ذلك. وسمي ربا الفضل بذلك لفضل أحد العوضين على الآخر. د. جمعة، علي: **ما هو ربا الفضل؟** الموقع الإلكتروني **www.hadielislam.com** تاريخ 2011/7/18.

[3] شرف، أحمد أسعد: **مرجع سابق.** ص 120.

[4] د. حماد، نزيه كمال: **مرجع السابق.** ص 113.

جانب المدين فالفائدة في عقد القرض مستحقة حتى لو تم السداد في موعــده وتــزداد إذا تأخر المدين في السداد عن الموعد المتفق عليه، كما أن الفوائد معلومة المقدار ســلفاً فــي العقد المبرم ما بين الدائن والمدين أما مقدار التعويض المستحق عن التــأخير (المماطلــة) فيعتمد على مقدار الربح الذي يحققه الدائن خلال مدة المماطلة، وكذلك فإن الفوائد الربوية هي اتفاق بين الدائن والمدين على تأخير موعد السداد مقابل زيادة فلا يعتبر المدين فيهــا مماطلاً، أما التعويض عن المماطلة ليس زيادة مقابل الأجل إنما بسبب تفويت المنفعة على الدائن لحرمانه من ماله مدة المماطلة[1].

2- كما أن الفوائد الربوية تقوم على أساس استغلال الدائن المرابي لحاجة المــدين ولجهــوده وتجعل الاحتمالات السيئة جميعها على حساب المدين بان تضمن للدائن ربحــاً ثابتــاً دون النظر إلى مصير الطرف الآخر (المدين)، أما تعويض ضرر التأخير فهو إقامة عدل يزيل ضرراً سببه إنسان متهاون بواجبه (المدين المماطل) بأن حجب المال عــن صــاحبه دون عذر فهو بذلك إنقاذ للمظلوم (الدائن) من الظالم (المدين المماطل)، كما أن سبب اســتحقاق الفوائد متوفر كونه تم الاتفاق عليها في العقد أم سبب التعويض فهو احتمالي، قــد يتحقــق وهو الضرر الناتج عن المماطلة وقد لا يتحقق[2].

من خلال إظهار الفروق الموجودة بين التعويض عن التأخير والفوائد (الربــا) يتبــين الحد الفاصل بينهما، بناء على ذلك يمكن القول أن التعويض عن التأخير شيء والفوائد (الربــا) شيء آخر، مما يعني تبرئة القائلين بجواز التعويض عن التأخير من تهمة إيجاد الذرائع للتعامــل بالربا.

أما فيما يتعلق بكون قابلية النقود للزيادة هي منفعة غير محققــة, وبالتــالي لا يجــوز التعويض عن المنفعة غير المحققة بالمال على قاعدة أن الضمان في الشريعة يستلزم المماثلة بين الفائت وعوضه, وعلى اعتبار ذلك حجة صحيحة, ولكن ماذا لو ترتب على تأخر المــدين فــي

---

[1] شرف، أحمد أسعد: **مرجع سابق**. ص 116-117.

[2] د. الزرقا، مصطفى: ***هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟***. **مرجع سابق**. ص 111.

الوفاء بدينه وقوع ضرر حقيقي ومباشر في جانب الدائن بأن كان ذلك الضرر نتيجـــة طبيعيـــة لعدم وفاء المدين بدينه في موعده سواء كان ضرراً عادياً أو فاحشاً ولكنه مثل خســـارة لحقـــت بالدائن مع استبعاد كونه–أي الضرر– فوات فرصة استثمار المال الذي تأخر المدين الوفاء بـــه، كأن يترتب على تأخر المدين في الوفاء بدينه عدم قدرة الدائن على الوفاء بما عليـــه مـــن ديـــن لغيره كونه مرتبط بسداد ما عليه من التزامات بتحصيل ما له من حقوق من مدينه, وترتب على ذلك خسارة الدائن لتجارته أو إفلاسه أو خسارته لمبلغ مالي, فما الذي يمنع وما الذي يبرر عـــدم تعويض الدائن في هذه الحالة كون الضرر عبارة عن خسارة لحقت بالدائن وليس فوات فرصـــة استثمار المال الذي تأخر المدين في الوفاء به, وهل من العدل أن يكافأ الدائن على إحسانه لمدينه بأن أقرضه مبلغ من المال دون فوائد بإساءة وتقصير من جهة المدين نجم عنها خسارة لحقـــت بالدائن؟

ومع التسليم بأن المدين المماطل سينال عقوبة من الله عز وجل دنيوية أو أخرويـــة أو كلاهما , ولكن ما الذي سيستفيده الدائن من ذلك ما دام الضرر الذي لحق به لم يـــتم تعويضـــه, فالتعويض وجد من أجل جبر الضرر.

ومما تجدر الإشارة إليه أن مجلة الأحكام العدلية وفي إطار الأحكام الخاصة بالغصـــب فإنها تلزم الغاصب بتعويض المغصوب عن هلاك المال المغصوب ومنافعه طوال مدة الغصب، ومن ذلك ما نصت عليه المادة(891) والمادة (903) وغيرهما من نصوص المواد ذات العلاقة, وهذا يمثل رداً على القائلين بعدم تعويض صاحب المال المغصوب عن منافع المال مدة الغصب.

الفرع الثالث: البديل المستحدث للتعويض عن التأخير

هنالك رأي آخر يختلف عن الرأي الأول القائل بجواز التعويض عن التـــأخير، وعـــن الرأي الثاني الرافض لهذا النوع من التعويض، مع أنه أقرب للرأي الثاني منه للرأي الأول كونه

يرفض فكرة التعويض ولكنه في المقابل يقترح صيغة توفيقية بين الرأيين تقوم علـــى الأســـس التالية[1]:

1- إن الحالة العامة العملية لضرر المماطلة هي أنها حرمان للدائن خلال مدة المماطلـــة مـــن فرصة استغلال ماله في وجوه الانتفاع المشروعة.

2- إن المماطلة هي ظلم وعدوان. والشريعة الإسلامية تتقبل من حيث المبدأ معاقبة المســـيء بمثل فعله (إلا في حالات نادرة استثنائية مشهورة).

3- وفي ضوء هذه الأسس تتلخص هذه الصيغة في كونها تسعى لمعاقبة المماطل وتعـــويض الدائن الممطول في الوقت نفسه، وذلك بأن يتم الزام المدين المماطل قضائياً بـــأداء الـــدين إبراءً لذمته، كما يلزم المدين فوق ذلك بتقديم قرض حسن للدائن، يســـاوي مقـــدار الـــدين الأصلي، ويكون مؤجلاً لمدة زمنية تساوي مدة المماطلة. ويستطيع الدائن الأصلي الـــذي يتلقى هذا القرض بحكم القضاء أن يستخدمه فيما يريد من وجوه الانتفاع المشـــروعة ثـــم يرده إلى صاحبه (المدين المماطل)، وبذلك يتم تعويض الدائن الأصلي بهذا القرض الحسن عن حرمانه السابق من الانتفاع بماله بأن تم السماح له بالانتفاع بمال لمدة مماثلـــة علـــى حساب المدين المماطل.

فجوهر هذه الصيغة هو إعطاء الدائن فرصة لاستثمار ماله الذي ماطل المـــدين فـــي الوفاء به تعادل – أي الفرصة- مدة المماطلة، ويسعى أصحاب هذا الرأي إلى تجاوز الانتقادات التي وجهت لكلا الرأيين السابقين وتحديدا الابتعاد عن شبهة الربا كون التعويض عـــن التـــأخير يمثل زيادة تعطى للدائن فوق دينه، ولكن يرد على هذا الرأي بما يلي[2]:

---

[1] الزرقا والقرى، محمد أنس ومحمد علي: ***التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد***. **مجلـــة أبحـــاث الاقتصاد الإسلامي**. جدة- المملكة العربية السعودية. المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي- جامعة الملـــك عبـــد العزيز. م3/ 1991. ص 44.

[2] د. الضرير، الصديق محمد الأمين: ***تعليق على بحث التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بـــين الفقـــه والاقتصـــاد***. **مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي**. جدة- المملكة العربية السعودية. المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي- جامعـــة الملك عبد العزيز. م5/ 1993. ص 74-75.

1- أن هذه الصيغة تصلح عقوبة للمدين المماطل لأنها تحرمه من الانتفاع بماله مدة من الزمن، كما حرم الدائن من الانتفاع بماله بغير حق فاستحق العقاب، ولكنها لا تصلح تعويضاً للدائن عن الضرر الذي أصابه بسبب المماطلة. فالتعويض يجب أن يكون عن ضرر مادي أصاب الدائن فعلاً وأن يكون مساوياً للضرر الذي وقع بالدائن وهذه الصيغة لا تحقق هذا الأمر.

2- أن تركيز هذه الصيغة على الفرصة التي ضاعت على الدائن كونه لم يستطع استغلال ماله مدة المماطلة، وبالتالي تعطي الدائن فرصة جديدة من خلال إلزام المدين بتقديم قرص حسن لمدة تساوي مدة المماطلة، ولكن الفرص الفائتة لا يمكن تعويضها بفرصة جديدة، لاختلاف ظروف كل فرصة عن الأخرى فما فات قد لا يتكرر.

بذلك يتبين أن هذا الرأي أقرب إلى الرأي الرافض للتعويض عن التأخير كون الصيغة المقترحة هي بمثابة عقوبة للمدين المماطل ولا تؤدي وظيفة التعويض المتمثلة بجبر الضرر اللاحق بالدائن، فهذا الرأي لا يعوض عن ضرر المماطلة سواء أكان ضرراً فعلياً يمثل خسارة فعلية لحقت بالدائن أو فرصة فائتة.

وبالنتيجة وبعد أن تم عرض الآراء المؤيدة للتعويض عن التأخير والرافضة له وما يمكن تسميته بالرأي المستحدث الذي يسعى للتوفيق بين الرأيين المؤيد والمعارض، يمكن القول أن تعويض الدائن عن ضرر المماطلة هو إعادة لحالة التوازن في العلاقة القائمة بين الدائن والمدين خاصة وأن هذا النوع من التعويض يختلف عن الفوائد لوجود العديد من الفروق بينهما, ويكون الرأي القائل بجواز التعويض عن التأخير أكثر صلابة إذا كان الضرر اللاحق بالدائن هو خسارة وليس فوات فرصة, وليس هناك شرعاً وقانوناً ما يمنع القاضي من أن يقدر تعويضاً عن الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة هذه المماطلة, بشرط ثبوت هذه المماطلة, وذلك الضرر

وعلاقة السببية بينهما, وبشرط أن يكون التعويض بمقدار الضرر لا بنسبة تقدر جزافاً وتتزايد بمرور الزمن[1].

المطلب الثاني: موقف بعض القوانين المدنية العربية المقارنة من التعويض عن التأخير

اختلف موقف المشرعين العرب في تناولهم لموضوع التعويض الذي يستحقه الدائن نتيجة لتأخر المدين في تنفيذ التزامه، سواء أكان ذلك الالتزام أداء مبلغ من المال أو الالتزام بوجه عام، فهنالك من المشرعين العرب ومن خلال الأحكام الخاصة بالتعويض من نص على هذا النوع من التعويض بشقيه التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام، والتعويض عن التأخير في دفع مبلغ من المال في موعده وهو ما اصطلح على تسميته بالفائدة القانونية، ومنهم – أي المشرعين العرب– من رفض الأخذ بهذا النوع من التعويض بشقيه، أما الفريق الثالث فهو الذي أخذ بالتعويض عن التأخير دون الفائدة القانونية، وما سيتم دراسته في هذا الجزء من الرسالة هو بعض القوانين المدنية العربية التي يمثل كل واحد منها اتجاهاً وموقفاً تشريعياً من هذا النوع من التعويض.

الفرع الأول: القوانين المدنية العربية الرافضة للتعويض عن التأخير والفائدة القانونية

عند البحث في نصوص القانون المدني الأردني الخاصة بالتعويض وهي المواد (360–364) لا يتبين بين تلك المواد وجود لأي نص قانوني يتحدث عن الحكم الخاص بالتعويض عن التأخير، سواء التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام أو التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ الالتزام بدفع مبلغ من المال عن الموعد المتفق عليه في العقد، إذ رفض المشرع الأردني الأخذ بالتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام، والتزم الصمت حول موضوع الفائدة القانونية، والأساس الفقهي الذي برر المشرع الأردني بناء عليه رفضه لفكرة التعويض عن التأخير هو نفس الأساس والحجج التي ساقها معارضو فكرة التعويض عن التأخير من الفقهاء المسلمين المعاصرين، وهو أن الدائن لا يستحق تعويضاً مقابل التأخير في الوفاء لأنه

---

[1] د. العدوي، محمد شكري الجمل: **سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني**. ط1. الاسكندرية– مصر: دار الفكر الجامعي. 2008. ص 497.

يكون ربا، كما أن التعويض وفقاً للقواعد الفقهية يكون بإعطاء مال مقابل مال فقد، أما في حـــال التأخير فلا يوجد مال مفقود ليعوض عنه[1].

وقد وجهت العديد من الانتقادات لموقف المشرع الأردني الـــرافض للتعـــويض عـــن التأخير، منها:

1- أن رفض التعويض عن التأخير وحرمان الدائن منه يتعارض مع صـــريح نـــص المـــادة (363)[2] من القانون المدني الأردني التي أوجبت أن يكون الضمان مساوياً للضرر الواقع، الأمر الذي يستفاد منه أن التأخير، إذا ترتب عليه ضرر بالـــدائن تعـــين علـــى المـــدين التعويض عما ألحقه بالدائن من ضرر.

2- إن حرمان الدائن من التعويض عن التأخير يتعارض مع إقرار المشرع الأردني للتعويض عن الضرر الأدبي، فمع أن كرامة الإنسان لا تقدر بمال، إلا المشرع الأردني عوض عن الضرر الأدبي[3]، ولكن يتوجب الإشارة إلى أن التعويض عن الضرر الأدبي ورد الـــنص عليه في المادة (267) من القانون المدني الأردني والتي جاءت ضمن الأحكـــام الخاصـــة بالتعويض عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية).

وبالإضافة إلى تعارض موقف المشرع الأردني الرافض لفكرة التعويض عن التـــأخير مع نصوص قانونية واردة في القانون المدني الأردني، فإن المشرع الأردني وقع في ازدواجيـــة غير مبررة، فمن جهة رفض التعويض عن التأخير والتزم الصمت تجاه الفائدة القانونيـــة فـــي القانون المدني، ومن جهة ثانية نظم الفائدة القانونية في المـــادة (167) مـــن القـــانون أصـــول المحاكمات المدنية الأردني المعدل السابق ذكرها.

---

[1] د. سوار، محمد وحيد الدين: **مرجع سابق**. ص 278.

[2] تنص المادة (363) من القانون المدني الأردني على ما يلي ((إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو العقد فالمحكمـــة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه)).

[3] د. سوار، محمد وحيد الدين: **المرجع السابق**. ص 278-279.

فإذا كانت المبررات التي استند إليها المشرع الأردني في رفضه لفكرة التعويض عن التأخير صحيحة، فكيف يمكن تفسير هذا الموقف المزدوج للمشرع الأردني عندما رفض الأخذ بالتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام في القانون المدني، ومن ثم أجاز الفائدة القانونية في قانون أصول المحاكمات، علماً بأن المبررات الفقهية الداعمة للرأي الفقهي الرافض للفائدة القانونية أكثر قوة من تلك المبررات الداعمة للرأي الفقهي الرافض للتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام[1].

الفرع الثاني: القوانين المدنية العربية التي أخذت بالتعويض عن التأخير وبالفائدة القانونية

أخذ المشرع اللبناني بالتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام وبالتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بأداء مبلغ من المال عن الموعد المتفق عليه (الفائدة القانونية)، وهذا ما تم تنظيمه في الباب الثاني من الكتاب الثالث من قانون الموجبات والعقود اللبناني[2]، إذ نصت المادة (252) من القانون المذكور على أنه ((إذا لم ينفذ الموجب بأداء العين تماماً وكمالاً حق للدائن أن يأخذ عوضاً يقوم مقام تنفيذ الموجب عيناً لعدم حصوله على الأفضل. وإذا جعل العوض مقابلاً للتخلف النهائي عن التنفيذ جزئياً كان أو كلياً سمي بدل التعويض. أما إذا كان التنفيذ عيناً لا يزال ممكناً إذ أن المديون لم يكن إلا متأخراً عن إتمام موجباته، فالعوض الذي يعطى للدائن يسمى بدل التأخير))، فهذه المادة أعطت الدائن الحق في طلب التعويض في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه سواء أكان هذا الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وهذا النص فيه من الوضوح في التعبير عن هذا الحق للدائن ما لا يدع مجالاً للتفسير أو الاختلاف في الاجتهاد حول الحكم الوارد فيه.

---

[1] ويقترب ما عليه الحال في مشروع القانون المدني الفلسطيني من موقف المشرع الأردني فيما يخص الفائدة القانونية، إذ تجاهل واضعو مشروع القانون المدني الفلسطيني النص على الفائدة القانونية والتي ينظمها حالياً نظام المرابحة العثماني الذي حددها في المادة (1) منه بنسبة 9% سنوياً لكل أنواع المداينات، في حين نصت المادة (237) من المشروع على التعويض عن التأخير بقولها ((إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه أو نفذه تنفيذاً جزئياً أو معيباً)).

[2] **قانون الموجبات والعقود اللبناني** الصادر في آذار سنة 1932 والمعمول به اعتباراً من 11تشرين الأول سنة 1934.

أما بالنسبة للتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بأداء مبلغ من المال وهو ما اصطلح على تسميته بالفائدة القانونية، فقد نصت المادة (265) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه ((إذا كان موضوع الموجب مبلغاً من النقود فإن عوض التأخير يكون بأداء فائدة المبلغ المستحق محسوبة على المعدل القانوني ما لم يكن ثمة نص مخالف في العقد أو القانون. غير أنه إذا كان سيء النية جاز أن يعطى عوض إضافي للدائن الذي أضر به امتناع غير مشروع)).

من الملاحظ على هذه المادة التي أعطت للدائن الحق في طلب التعويض عن التأخير في دفع مبلغ من المال عن موعده المحدد، وهذا التعويض هو الفائدة القانونية، ما يلي:

1- أن هذه المادة لم تحدد مقدار الفائدة القانونية، وإنما اكتفت بالقول أن فائدة المبلغ المستحقة للدائن عوضاً له عن التأخير تحسب على أساس المعدل القانوني دون بيان لمقدار هذا الأساس.[1]

2- أنها أعطت لإرادة طرفي العقد الحق في تحديد مقدار هذه الفائدة دون تحديد سقف أعلى لا يجوز تجاوزه، فهي بذلك قاعدة قانونية مكملة يجوز لإرادة طرفي العقد الاتفاق على ما يخالف حكمها.

أما بالنسبة للمشرع المصري الذي يتفق مع المشرع اللبناني في إقراره لكلا نوعي التعويض عن التأخير، إلا أن بينهما بعض الاختلاف يظهر من خلال النصوص الناظمة لهذا النوع من التعويض، إذ تنص المادة (215) من القانون المدني المصري على أنه ((إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه))، بذلك يكون التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه من الحقوق التي أعطاها المشرع المصري للدائن تعويضاً له عن الضرر الذي يلحق به، وتشترك هذه المادة من حيث

---

[1] مكيه، محمود عدنان: **الفائدة موقعها بين التشريع والشريعة وتأثيرها في الحياة الاقتصادية**. ط1. بيروت- لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. 2002. ص 29.

كونها نصت على التعويض عن التأخير مع المادة (252) من قانون الموجبات والعقود اللبناني في هذا الحكم، وتختلفان في أن المادة الأخيرة لم تراعِ موضوع السبب الأجنبي في حديثها عن التعويض.

أما بالنسبة للفائدة القانونية، فقد نظم المشرع المصري هذا النوع من التعويض في المادتين (226 و 227) من القانون المدني المصري، إذ نصت المادة (226) على أنه ((إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها. وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره))، فهذه المادة أجازت الفائدة القانونية وحددت مقدارها بأربعة في المائة في المعاملات المدنية وبخمسة في المائة في المعاملات التجارية، ولكن المشرع المصري أعطى لطرفي العقد الحق في الاتفاق على فائدة قانونية أعلى بشرط ألاّ يزيد مقدارها عن سبعة في المائة، وهذا ما بينته الفقرة (1) من المادة (227) بقولها ((1- يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أي حال أخرى تشترط فيها الفوائد، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبع في المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر)).

أما المادة (228) من القانون المدني المصري فلم تشترط لاستحقاق القائدة القانونية أو الاتفاقية أن يثبت الدائن أن ضرراً قد لحق به نتيجة للتأخير.

وبذلك يتبين أوجه الاختلاف والاتفاق بين القانون المدني المصري وقانون الموجبات والعقود اللبناني، فيما يخص هذا النوع من التعويض:

1- أن قانون الموجبات والعقود اللبناني لم يبين المعدل القانوني للفائدة المستحقة في حال تأخر المدين في الوفاء بالتزامه، أما القانون المدني المصري فقد حددها بأربعة في المائة في المعاملات المدنية وبخمسة في المائة في المعاملات التجارية.

2- أن القانون المدني المصري وفي المادة (228) منه لم يشترط على الدائن إثبات الضــرر لاستحقاقه الفائدة القانونية، بينما سكت قانون الموجبات والعقود اللبناني عن ذلك.

3- يتفق القانون المدني المصري وقانون الموجبات والعقود اللبناني في أنهمـا أتاحـا لإرادة طرفي العقد الاتفاق على مقدار الفائدة القانونية، ولكنهما اختلفا فـي أن القـانون المـدني المصري حدد سقفاً أعلى لمثل هذا الاتفاق لا يجوز تجاوزه، بينما لم يحدد قانون الموجبات والعقود اللبناني حداً أعلى للفائدة القانونية التي يجوز الاتفاق عليها.

الفرع الثالث: القوانين المدنية العربية التي أخذت بالتعويض عن التأخير دون الفائدة القانونية

يعتبر المشرع الإماراتي ممن سلكوا الاتجاه التشريعي الذي أخذ بالتعويض عن التأخير دون الفائدة القانونية، فقد نصت المادة (386) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقـم (5) لسنة 1985[1] المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987 على أنه ((إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامـه)) وهـذه المـادة مطابقة في المبنى والمعنى للمادة (215) من القانون المدني المصري المذكورة سابقاً.

ولتوضيح نص هذه المادة جاء في المذكرة الإيضاحية لقـانون المعـاملات المدنيـة الإماراتي ما نصه: ((الأصل في تنفيذ الالتزام أن يقوم المدين بذلك عيناً إلا أنه قد يستحيل على المدين أن ينفذ التزامه عيناً وفي هذه الحالة يحكم عليه بالتعويض إلا إذا ثبت أن استحالة التنفيـذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ففي هذه الحالة لا يحكم عليه بالتعويض إعمـالاً للقاعـدة الشرعية لا يكلف الله نفساً إلا وسعها. ويسري هذا الحكم على حالة تأخر المـدين فـي تنفيـذ التزامه))، ولا يوجد بين نصوص المواد ذات العلاقة بالتعويض في قانون المعـاملات المدنيـة الإماراتي نص للفائدة القانونية، أي أنه –قانون المعاملات المدنية الإماراتي- أخذ بالتعويض عن التأخير دون الفائدة القانونية.

---

[1] قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987.

ولكن ما نص عليه قانون المعاملات المدنية الإماراتي يعطي للـدائن فرصـة طلـب التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام أياً كان هذا الالتزام، ولكن تقدير التعويض في هذه الحالة من صلاحيات القاضي، وذلك لغياب النص القانوني الذي يحدد مقداره.

أما بالنسبة للمشرع اليمني، فقد نظم الأحكام الخاصة بالتعويض في الباب الثالث فـي المواد (347-357) في القانون المدني رقم (14) لسنة 2002[1] ، وقد أشار المشـرع اليمنـي للتعويض عن التأخير في المادة (347) من القانون المدني والتي نصت على أنه ((إذا اسـتحال على الملتزم تنفيذ الحق عيناً بعد أن كان ممكناً حكم عليه بالتعويض ما لـم يثبـت أن اسـتحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويحكم أيضاً بالتعويض إذا تأخر الملتزم عن تنفيذ التزامه وأصاب صاحب الحق ضرر من ذلك)).

بذلك يكون المشرع اليمني ومن خلال هذه المادة قد أجاز للدائن المطالبة بالتعويض في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه، أياً كان هذا الالتزام سواء أكان الالتـزام بالقيـام بعمـل أو بالامتناع عن القيام بعمل أو أداء مبلغ من المال، فإذا ترتب على التأخير ضرر لحـق بالـدائن يمكنه المطالبة بالتعويض اعتماداً على ما جاء في هذه المادة، ويرجع تقدير هذا التعويض وفقـاً لما نصت عليه المادة (351) من القانون المذكور إلى سلطة القاضي التقديرية ما لم يكن متفـق عليه في العقد، أي أن المشرع اليمني أعطى صلاحية تحديد مقدار التعويض عن التـأخير فـي تنفيذ الالتزام وعن عدم التنفيذ لإرادة طرفي العقد وللقاضي أيضاً في حال عدم وجود اتفاق، لأنه – أي المشرع اليمني- لم يورد نصاً يحدد مقدار التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بـدفع مبلغ من المال عن موعده، بمعنى أنه لم يأخذ بالفائدة القانونية، التي هي تعويض محدد المقـدار بنص القانون وبنسبة محددة.

وبالإضافة إلى عدم وجود نص قانوني في القانون المدني اليمنـي للفائـدة القانونيـة، وعلاوة على ذلك نصت المادة (356) منه على أن ((كل اتفاق على فائدة ربوية باطل ولا يعمل به، وكل اتفاق تبين أن يستر فائدة ربوية غير صحيح كذلك ولا يعمل به ....)).

---

[1] القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002 الصادر بتاريخ 2002/4/10م الموافق 27 محرم 1423هجري.

بذلك يمكن القول بأن المشرع اليمني قد أخذ بالتعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه أياً كان هذا الالتزام، وبشرط أن يترتب على التأخير ضرر يلحق بالدائن كونه –أي المشرع اليمني– قد اشترط لاستحقاق التعويض عن التأخير وقوع ضرر في جانب صاحب الحق (الدائن)، وهذا ما غفل عنه المشرع الإماراتي عندما لم يشترط صراحة للتعويض عن التأخير وقوع الضرر في جانب الدائن وذلك في المادة (386) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي المعدل[1].

ويعد المشرع الكويتي من المشرعين العرب الذين أجازوا التعويض عن التأخير، إذ أعطى للدائن الحق في طلب التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه شريطة أن يترتب على التأخير ضرر لحق به، إذ نصت المادة (293) من القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980[2] على أنه ((عند تعذر تنفيذ الالتزام عيناً، أو التأخير فيه، يجب على المدين تعويض الضرر الذي لحق الدائن بسبب ذلك، ما لم يثبت المدين أن عدم التنفيذ أو التأخير كان لسبب أجنبي لا يد له فيه)) فالتعويض عن التأخير ورد النص عليه صراحة في هذه المادة وبذلك يكون المشرع الكويتي قد سلك النهج التشريعي المجيز لهذا النوع من التعويض.

وفي مقابل صراحة النص السابق، هنالك صراحة في النص من نوع آخر، إذ عمد المشرع الكويتي إلى التصريح برفض الفائدة القانونية[3] وذلك من خلال ما ورد النص عليه في المادة (305) من القانون المدني الكويتي، فقد جاء في هذه المادة أنه ((1– يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به. 2– ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أياً كان نوعها اشترطها الدائن إذا ما ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة حقيقية متناسبة يكون الدائن قد أداها فعلاً)).

من الملاحظ على هذه المادة بأن المشرع الكويتي كان حريصاً كل الحرص على النص صراحة على رفض الفائدة القانونية وبالذات الاتفاقية منها، لأن المادة (305) المذكورة

[1] د. سوار، محمد وحيد الدين: **مرجع سابق**. هامش ص 282.

[2] القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980.

[3] د. سوار، محمد وحيد الدين: **مرجع سابق**. ص305.

اعتبرت الاتفاق على تقاضي الدائن فوائد مقابل انتفاع المدين باطل، لأن القرض بفائدة (الربا) في القانون المدني الكويتي باطل وهذا ما أكدته المادة (547) من ذات القانون، واعتبرت كذلك المادة (305) المذكورة أن الاتفاق المعقود بين الدائن والمدين على أن يتقاضى بموجبه الدائن فوائد (زيادة على أصل الدين) مقابل تأخر المدين في تسديد الدين عن موعده، اتفاق باطل.

أما التعويض الذي يستحقه الدائن عن تأخر المدين في تسديد ما عليه من دين عن الموعد المتفق عليه، والذي يتولى القاضي مهمة تقديره –أي التعويض– تبعاً للضرر اللاحق بالدائن، شريطة عدم وجود اتفاق مسبق بين الدائن والمدين على هذا التعويض لا من حيث المبدأ ومن حيث المقدار، وأن يكون الضرر اللاحق بالدائن ضرر غير مألوف[1]، وان يكون الدائن قد أعذر المدين القادر على الوفاء (مدين موسر مماطل) فهذا النوع من التعويض لا يدخل ضمن حالات البطلان المنصوص عليها في المادة (305) المذكورة، بل يدخل ضمن الحكم الخاص الوارد في المادة (306) من القانون المدني الكويتي والتي جاء فيها ((إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ولم يقم المدين بالوفاء به بعد اعذاره، مع قدرته على الوفاء، وأثبت الدائن أنه قد لحقه بسبب ذلك ضرر غير مألوف، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة))، عند التدقيق في نص هذه المادة يتبين الآتي:

1- أن المشرع الكويتي ورغم حرصه على رفض الفائدة القانونية الاتفاقية والنص على ذلك صراحة، إلا أنه ومن خلال هذه المادة أجاز الطلب والحكم للدائن على مدينه بتعويض تقدره المحكمة عن ضرر المماطلة.

2- أن المشرع الكويتي ترك مسألة الحكم بالتعويض من عدمه وتحديد مقدار التعويض لسلطة المحكمة التقديرية، هذه من جهة، ومن جهة ثانية لم يشترط في التعويض المحكوم به أن يساوي الضرر الواقع فعلاً وإنما أن يراعي مقتضيات العدالة.

---

[1] أنظر شعبان، زكي الدين: **مرجع سابق**. ص 217-218.

3- أن المشرع الكويتي سار مع الاتجاه الفقهي المجيز للتعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه المتمثل بدفع مبلغ من المال عن الموعد المتفق عليه، بمعنى أنه أخذ بتعويض ضرر المماطلة ولكنه حصر التعويض بالضرر غير المألوف فقط.

وعند مقارنة الموقف التشريعي للقانون المدني الكويتي من مسألة التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، مع المواقف التشريعية السابقة ، يتبين أنه الموقف الأكثر صواباً في تنظيمه لهذا النوع من التعويض كونه قد اشترط للحكم بالتعويض أن يكون المدين موسر ومماطل ويتم إثباته مماطلته من خلال إنذاره، وأن المحكمة تتولى تحديد مقدار التعويض دون أن يترك لذلك لإرادة طرفي العقد درءاً لشبهة الربا ودون أن يحدده بنسبة معينة قد تزيد أو تنقص عن مقدار الضرر الفعلي، ولكن يؤخذ عليه أمران، أولهما أنه ترك تقدير التعويض من عدمه للمحكمة وبالتالي يكون الأمر بذلك جوازي وليس إلزامي حتى مع وجود الضرر ، وثانيهما أنه حصر التعويض بالضرر غير المألوف دون سواه، وهذان الأمران ليس لهما تبرير.

الفصل الثاني

أحكام التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه

المبحث الأول: شروط استحقاق التعويض عن التأخير وكيفية تقديره

حتى يستطيع الدائن مطالبة المدين الذي تأخر في تنفيذ التزامه بالتعويض عن التـأخير لا بد من توفر مجموعة من الشروط الخاصة لاستحقاق هذا النوع من التعويض، تتفق في جانب منها مع الشروط العامة لاستحقاق التعويض في إطار المسؤولية العقدية، وتختلف فـي بعضـها نظراً لخصوصية هذا النوع من التعويض وبالذات فيما يتعلق بالفائدة القانونيـة ومـا يجـب أن يتوفر فيها من شروط لاستحقاقها.

ويمتاز هذا النوع من التعويض من حيث طريقة تقديره بميزة خاصة كونـه تتـوزع طريقة تقديره بين القانون الذي يتولى تحديد نسبة الفائدة القانونية، وبين القضاء الـذي يتـولى تقدير التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ الالتزام بوجه عام، فهو تعويض قانوني في جزء منه، وتعويض قضائي في الجزء الآخر وقد يكون تعويضاً اتفاقياً في بعض الحالات، وهذه المواضيع سيتم دراستها في هذا المبحث موزعة على مطلبين، المطلب الأول مخصص للبحث في شـروط استحقاق التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام، أما المطلب الثاني سيتم فيه تحديد طريقة تقدير هذا النوع من التعويض.

المطلب الأول: شروط استحقاق التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام

طالما كان البحث يدور حول نوع خاص من التعويض، وهو التعويض الذي يسـتحقه الدائن من مدينه في حال تأخر الأخير في تنفيذ ما عليه من التزامات عقديه، وطالما كـان هـذا النوع من التعويض مرتبط بالمسؤولية العقدية، فإن وجود العقد الناظم للعلاقة القائمة مـا بـين الدائن والمدين هو أساس البحث، وهو الشرط الأول الذي تنشأ منه مسؤولية المدين تجاه الدائن،

وفي إطار هذا العقد ينشأ خطأ المدين المتمثل بتأخره في تنفيذ ما عليه من التزامات عن الموعد المتفق عليه، وبما أن الوظيفة الأساسية للتعويض هي جبر الضرر، لذلك لا بد لاستحقاق التعويض بصورة عامة من وجود ضرر لحق بالدائن، ولكن هذا الشرط وهو الضرر له خصوصية في هذا النوع من التعويض سيتم دراستها، وأما الشرط الأخير، فهو تعبير الدائن عن إرادته بمطالبة مدينه بالتعويض من خلال الإنذار والمطالبة، فهذه الشروط هي محور البحث في هذا المطلب، موزعة على الفروع التالية:

الفرع الأول: وجود عقد صحيح مرتب لأثاره

تنبع مسؤولية المدين العقدية تجاه الدائن من العقد المبرم ما بين الطرفين، والذي تتحدد فيه التزامات كل طرف منهما، فالعقد يعد من أهم الأنظمة القانونية وأكثرها شيوعاً في الحياة ومن أهم مصادر الالتزام، أو ما يطلق عليه بمصادر الحق الشخصي، ذلك أن الشخص قد يبرم عدة عقود في اليوم الواحد بيعاً وإيجاراً ووكالة وغير ذلك من أنواع العقود التي لا يمكن حصرها[1].

ويعتبر العقد أهم مصدر إرادي للالتزام، ويعرّف بأنه اتفاق إرادتين متقابلتين أو أكثر على إنشاء التزام[2]، ويعرّف الالتزام بأنه رابطة قانونية بين شخصين تخول لأحدهما، وهو الدائن، أن يقتضي من الآخر، وهو المدين، أداء مالياً معيناً. وقد يتمثل هذا الأداء المالي في التزام المدين بإعطاء أو بأداء عمل، أو بالامتناع عن أداء عمل[3].

وعرّفت المادة (87) من القانون المدني الأردني رقم العقد بأنه ((العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر)). أما القانون المدني المصري فلم يعرّف

---

[1] د. منصور، امجد: **مرجع سابق**. ص29.

[2] د. عبد الرحمن، حمدي: **مرجع سابق**.. ص76.

[3] د. عبد الرحمن، حمدي: **المرجع السابق**. ص 8.

العقد وإنما بيّن كيفية نشوئه[1]، وذلك في المادة (89) منه، والتي جاء فيها ((يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد)).

والعقد الذي يرتب آثاراً تمثل التزامات لكل طرف تجاه الطرف الآخر، هو العقد الصحيح الذي استوفى كافة الأركان، وهي ثلاثة، التراضي والمحل والسبب وأن يتوفر في كل ركن منها الشروط التي يستوجب القانون توفرها، ودون أن يقترن بالعقد شرط يفسده[2]، حيث عرفت المادة (167) من القانون المدني الأردني العقد الصحيح، بأنه ((العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسده له)).

والحديث عن العقد باعتباره أحد مصادر الالتزام وما يرتبط به من تفرعات سواء من حيث أركانه، وما يتفرع عن كل ركن منها من شروط يتوجب توفرها للقول بصحة العقد، موضوع يطول البحث فيه، ومجال البحث هنا لا يتسع لمثل هذه المواضيع، فالمهم في العقد الذي على أساسه تنشأ المسؤولية العقدية للمدين، والتي ينبني عليها حق الدائن في طلب التعويض من مدينه في حال تأخره في تنفيذ التزامه، أن يكون عقداً صحيحاً، أي خارج دائرة البطلان أو الفساد، وقد تكون الالتزامات الواردة فيه محددة بإرادة طرفي العقد على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وقد تكون منظمة من خلال القواعد القانونية المكملة التي تتولى تحديد المسؤول عن القيام ببعض الالتزامات العقدية، وذلك في حال سكوت إرادة طرفي العقد عن ذلك، فالعقد باعتباره مصدر من مصادر الالتزام لا بد أن يكون صحيحاً حتى يترتب أثراً بأن ينشأ التزامات على كلا طرفيه، وهذا ما يمثل الشرط الأول الواجب توفره، الذي لولاه لما

---

[1] وفي ذات المعنى جاءت المادة (74) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وإن كان بمفردات مختلفة نوعاً ما، حيث نصت هذه المادة على أنه ((ينعقد العقد بمجرد أن يتبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم□□ يقرر القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لانعقاده)).

[2] د. الفار، عبد القادر: **مرجع سابق**. ص 98.

وجدت المسؤولية العقدية التي يتمخض عنها حق الدائن في طلب التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

الفرع الثاني: تأخر المدين في تنفيذ التزامه

يعتبر الخطأ العقدي أحد الشروط الواجب توفرها للمطالبة بالتعويض، والخطأ كذلك شرط لقيام المسؤولية العقدية التي ينبني عليها المطالبة بالتعويض، ويتحقق الخطأ العقدي عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي، إضافة لذلك فإن الخطأ العقدي يتحقق لو نفذ المدين التزامه العقدي ولكن تنفيذه كان على وجه معيب يختلف عما اتفق عليه المتعاقدان، أو كان قد تأخر المدين في إتمام هذا التنفيذ[1].

فالتأخير في تنفيذ الالتزام هو أحد صور الخطأ العقدي الذي إذا توفر إلى جانب الضرر وعلاقة السببية والإعذار، يمكن للدائن عندئذ المطالبة بالتعويض من مدينه، ويمكن تصنيف عملية التأخر في تنفيذ الالتزام العقدي إلى جانب كونها إحدى صور الخطأ العقدي، على أنها إحدى حالات استحقاق التعويض إلى جانب عدم التنفيذ والتنفيذ المعيب.

وحتى يكون المدين متأخراً في تنفيذ التزامه، يجب أن يكون الالتزام قد استحق أداؤه بان يحل الأجل المحدد للوفاء به ومن ثم لا يقوم المدين بذلك، فإذا كان الالتزام لم يحن موعده بعد، فلا يكون هنالك تأخير[2].

ولكن هل من حق الدائن المطالبة بالتعويض في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه أياً كان نوع هذا الالتزام، سواء أكان التزاماً ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة، أو التزاماً بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو أداء مبلغ من المال؟ يجب التمييز بين التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام وبين التأخير في تنفيذ الالتزام بدفع مبلغ من المال، لأن التزام المدين بدفع مبلغ من المال هو التزام بتحقيق نتيجة، فخطأ المدين في هذه الحالة هو مجرد التأخر في الوفاء بالمبلغ المعلوم

---

[1] د. منصور، أمجد محمد: **مرجع سابق**. ص 178.

[2] العدوى، محمد شكري الجميل: **مرجع سابق**. ص 484.

المقدار وقت الطلب عن الموعد المتفق عليه. فهنالك تطابق بين الغاية المبتغاة من هذا الالتـزام، وهي نقل ملكية مبلغ من النقود ومضمون أداء الدين، وهو نفس الشيء، أي نقل ملكية مبلغ من النقود، فعدم تحقق هذه النتيجة يعتبر في ذاته عدم تنفيذ الالتزام. فالخطأ العقدي في حال الفائدة القانونية لا شيء غير التأخير في الوفاء بالمبلغ عن الأجل المعين[1].

أما بالنسبة للالتزامات الأخرى غير الالتزام بدفع مبلغ من المال (الفائدة القانونية)، سواء أكانت تلك الالتزامات تصنف ضمن الالتزام بتحقيق نتيجة أو الالتزام ببذل عناية، فإن التأخير في تنفيذ هذه الالتزامات يعطي للدائن الحق في طلب التعويض[2]، لأنه وبالعودة إلى نصوص القوانين التي أخذ واضعوها بالتعويض عن التأخير يتبين أنها لا تفرق في موضوع التعويض عن التأخير بين الالتزام ببذل عناية أو الالتزام بتحقيق نتيجة كما أنها لم تفرق بين الالتزام بالقيام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (215) من القانون المدني المصري – السالفة الذكر– والتي جاء فيها ((إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعد الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه)) وكذلك الحال المادة (386) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والتي جاء نصها مطابق لنص المادة (215) من القانون المدني المصري، فهاتان المادتان اللتان أخذتا بالتعويض عن التأخير لم تميزا بين التأخير في تنفيذ الالتزام ببذل عناية أو الالتزام بتحقيق نتيجة ولا بين الالتزام بالقيام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل، وكذلك الحال بالنسبة للمادة (252) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي لم يرد فيها ما يشير إلى التمييز بين أنواع الالتزام المذكورة.

ولاستحقاق التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام لا يشترط أن يقترن التأخير عن تنفيذ الالتزام بالقدرة على تنفيذ من جانب المدين كما هو الحال بالنسبة للفقه الإسلامي، الذي يشترط أن يقترن التأخير في الوفاء بالالتزام بالقدرة على الوفاء به، حتى يطلق على المدين

---

[1] د. سعد، إبراهيم: **مرجع سابق**. ص 82.

[2] د.أبو السعود، رمضان: **أحكام الالتزام**. دون ط. الإسكندرية– مصر: دار الجامعة الجديدة. 2004. ص 65.

وصف المدين المماطل، ويتم مطالبته وإلزامه بالتعويض حسب الرأي الفقهي المجيز لهذا النوع من التعويض[1].

وبذلك يمكن القول أن التأخير باعتباره أحد شروط استحقاق التعويض، ترتبط به عـــدة أمور، هي:

1- التعويض عن التأخير يكون في الالتزامات المستحقة الأداء، أم الالتزامات المؤجلة فلا تأخير فيها كونها لم تصبح مستحقة الأداء بعد.

2- أن التعويض عن التأخير يستحق في جميع الالتزامات، سواء أكانت التزامات ببذل عناية أو التزامات بتحقيق نتيجة.

3- أن مجرد التأخير يكفي بذاته ليكون شرطاً لاستحقاق التعـــويض دون أن يقتـــرن بالقدرة على الوفاء.

الفرع الثالث: الضرر

يعتبر الضرر أحد الشروط الواجب توفرها لقيام المسؤولية العقدية، فالتعويض وجد من أجل جبر الضرر ورفع الظلم الواقع على الدائن نتيجة لخطأ المدين، فهو يـــدور مـــع الضـــرر وجوداً وعدماً، وبذلك فإن الضرر اللاحق بالدائن نتيجة لتأخر المدين في تنفيذ التزامه يعتبر أحد الشروط الواجب توفرها لاستحقاق التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام، ومـــع أن الفائدة القانونية تعتبر صورة خاصة للتعويض عن التـــأخير إلا أن الضـــرر لا يعتبـــر شـــرطاً لاستحقاقها، ذلك أن القوانين التي أخذت بالفائدة القانونية أعفت الدائن من عبء إثبات الضـــرر لاستحقاقه التعويض.

حيث تنص المادة (228) من القانون المدني المصري على أنه ((لا يشترط لاستحقاق فائدة التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير)) ونفس الحكم

---

[1] عيد، **عادل عبد الفضيل:** مرجع سابق. ص 441.

ورد النص عليه في الفقرة (1) من المادة (167) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني المعدل، التي جاء فيها ((1- إذا كان المدين قد تعهد بتأدية مبلغ من النقود في وقت معين وامتنع عن أدائها عند حلول الأجل يحكم عليه بالفائدة دون أن يكلف الدائن أثبات تضرره من عدم الدفع)) وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم (1993/1208)[1] تمييز حقوق.

فالقانون لا يشترط لاستحقاق الفائدة القانونية أن يثبت الدائن أن ضرراً قد لحقه جراء التأخير[2]، ومعنى ذلك أنه قد فرض فرضاً لا يقبل إثبات العكس أن مجرد التأخير يحدث ضرراً للدائن، على ذلك ليس على الأخير إثبات الضرر ولا يمكن للمدين نفيه[3]، وهذا يمثل خروجاً على القاعدة العامة في المسؤولية المدنية التي تستوجب لاستحقاق التعويض وقوع ضرر، وافترض وقوعه بمجرد التأخير في الوفاء لا ينفي وجوب توفر الخطأ في جانب المدين حتى تقوم مسؤوليته، وإذا كان تأخر المدين في الوفاء بدينة في الأجل المحدد يعتبر خطأ في حد ذاته إلا أنه إذا ثبت أن هذا التأخير يرجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإن مسؤوليته تنتفي[4].

ومع أن موقف المشرع القاضي بعدم إلزام الدائن إثبات أن ضرراً قد لحق به نتيجة لتأخر المدين في الوفاء بدينه (مبلغ من المال) وهي الفائدة القانونية ، يمثل خروجاً على القواعد العامة للمسؤولية المدنية التي تستوجب وجود الضرر باعتباره أحد شروط استحقاق التعويض، إلا أن هنالك تبرير لهذا الحكم الخاص في أنه يتفق والفلسفة الاقتصادية للائتمان. حيث أن النقود ليست قيمة معطلة وإنما هي قيمة تعمل في النشاط الاقتصادي وعدم وفاء المدين بالمبلغ المستحق في ذمته في الموعد المحدد يصيب الدائن بخسارة، إذ قد يضطر الدائن إلى التوقف عن سداد دين مستحق عليه في ذمته وما يؤدي ذلك إلى دفعه لفوائد التأخير، أو قد يدفعه إلى

---

[1] الذي جاء فيه ((إذا تعهد المدين بتأدية مبلغ من النقود في وقت معين وامتنع عن أدائه عند حلول الأجل يحكم عليه بالفائدة دون أن يكلف الدائن إثبات تضرره عملاً، وعليه يكون الحكم على شركة الكهرباء بالفائدة القانونية عن المبالغ التي حصلتها من المكلفين كرسوم نفايات لحساب أمانة عمان متفقاً والقانون)) تمييز حقوق رقم (1993/1208) المنشور في مجلة نقابة المحامين. ص (692) سنة 1993. نقلاً عن الموقع الالكتروني **www.qanoun.com** تاريخ 2011/5/14.

[2] الطباخ، شريف: **مرجع سابق**. ص 349.

[3] د. أبو السعود، رمضان: **مرجع سابق**. ص 93.

[4] العمروسي، أنور: **أحكام الفوائد في القانون المدني**: ط1. الإسكندرية- مصر: دار الفكر الجامعي. 2003. ص 40.

الاقتراض بفائدة أعلى لسداد ما هو مستحق عليه، وقد يفوت على الدائن ربحاً كما لو أن الـدائن يكون قد خصص هذا المبلغ لاستغلال معين. وفي كلتا الحالتين يستحق الدائن التعـويض عـن التأخير لما لحقه من خسارة وما فاته من كسب[1].

ويرى الباحث أن هذا التبرير يقوم على أساس الاحتمال الذي وضع في مرتبة الحقيقة، لأن وقوع الضرر في جانب الدائن في حال تأخر المدين في الوفاء بدينه أمر احتمالي، قد يقـع وقد لا يقع، وافتراض وقوعه دون إعطاء فرصة للمدين لنفيه يدلل على أن المشرع لـم يـراعِ القواعد العامة للمسؤولية المدنية التي تشترط وجود الضرر لاستحقاق التعويض، ولم يراعِ كذلك قواعد الإثبات التي تعطي للطرف الآخر في الخصومة فرصة نفي ما أثبته الطرف الأول، وهذا ينافي القواعد العامة للمسؤولية وللإثبات، ويجعل التعويض في الحالات التي لا يصيب الـدائن فيها ضرر من تأخر المدين في الوفاء وفي حال عدم تناسبه مع الضرر، إثراءً بلا سبب، ويفقده وظيفته الأساسية وهي جبر الضرر.

أما إذا كان الالتزام بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل، ونتج عن تأخر المدين فـي تنفيذ التزامه عن الموعد المتفق عليه في العقد، ضرر لحق الدائن، يمكن للدائن عندئذ وتطبيقـاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية المطالبة بالتعويض، وينطبق على هذه الحـالات الأحكـام الخاصة بالضرر من حيث كونه ضرراً مباشراً، بأن يكون نتيجة طبيعية لإخلال المدين بتنفيـذ التزامه، وصورة الإخلال هنا التأخير، وأن لا يكون باستطاعة الـدائن أن يتوقـاه ببـذل جهـد معقول[2]، ويجب أن يكون الضرر متوقعاً، ويقاس التوقع وعدمه بمعيار موضـوعي مجـرد لا بمعيار شخصي أو ذاتي، بمعنى أنه إذا أريد معرفة الضرر الواقع بالفعل هل هو ضرر متوقـع أم غير متوقع فإنه ينبغي النظر لا إلى شخص المدين بالذات وإنما ينظر إلى مدين عادي اكتنفته نفس الظروف التي اكتنفت المدين وأحاطت به[3]. وأن يكون ضرراً محققاً، إذا كان قد وقع فعلاً، أما إذا كان مستقبلي فقد يكون محقق الوقوع فيجب التعويض عنه ولا يتعين انتظار وقوعـه إذا

---

[1] د. سعد، إبراهيم. **مرجع سابق.** ص 83.

[2] الحسناوي، حسن رشيد حنتوش: **مرجع سابق.** ص 107.

[3] الذنون، حسن علي: **المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر). مرجع سابق.** ص 315.

كانت عناصر تقدير التعويض متوفرة، أما إذا كان محتمل الوقوع أي قد يقع وقد لا يقع في المستقبل فلا مجال لطلب التعويض عنه في الحال، بل يجب الانتظار حتى يقع[1]. وهذه الأحكام الخاصة بالضرر سبق دراستها في الفصل الأول من هذه الرسالة.

أما بالنسبة لاشترط الضرر لاستحقاق التعويض عن التأخير في القوانين المدنية العربية المقارنة التي أخذت بهذا النوع من التعويض، فلم يشترط المشرع الإماراتي في المادة (386) من قانون المعاملات المدنية المعدل صراحة وجود الضرر لاستحقاق التعويض عن التأخير، مع أن ذلك شرط لاستحقاق التعويض بصورة عامة ولذلك لا يمكن القول بأن الضرر لا يعتبر أحد شروط استحقاق التعويض عن التأخير في قانون المعاملات المدنية الإماراتي المعدل. أما بالنسبة للمشرع اليمني، فقد اشترط لاستحقاق التعويض عن التأخير أن يصيب الدائن ضرر نتيجة للتأخير، وهذا ما صرحت به المادة (347) من القانون المدني اليمني بقولها ((ويحكم أيضاً بالتعويض إذا تأخر الملتزم عن تنفيذ التزامه وأصاب صاحب الحق ضرر من ذلك)). بينما فرّق المشرع الكويتي بين التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام وبين التعويض عن التأخير في أداء مبلغ من المال من حيث كون الضرر أحد شروط استحقاق لكلا نوعي التعويض، ففي الحالة الأولى أشترط وقوع الضرر في جانب الدائن، وقد يكون هذا الضرر عادياً ومألوفاً وقد يكون غير مألوف فهو- أي المشرع الكويتي- لم يشترط نوعاً خاصاً من الضرر لاستحقاق هذا النوع من التعويض، أما في الحالة الثانية، وهي التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بأداء مبلغ من المال، اشترط أن يكون الضرر غير مألوف. أما بالنسبة للقانون المدني المصري، فإن الأحكام والقواعد العامة للتعويض هي التي تطبق على التعويض عن التأخير، والتي تشترط وجود الضرر لاستحقاق هذا النوع من التعويض، مع أن المادة (215) منه لم تشترط وجود الضرر باعتباره أحد شروط استحقاق التعويض، كما هو الحال بالنسبة للمادة (386) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي المعدل.

[1] د. سلطان، أنور: **مرجع سابق**. ص 271 و272.

الفرع الرابع: الإنذار والمطالبة

لا يكفي تأخر المدين في تنفيذ التزامه لاستحقاق التعويض، بل لابد للدائن من مطالبة المدين بتنفيذ التزامه من خلال إعذاره بذلك، والمقصود بالإعذار تنبيه المدين إلى أنه متأخر في التنفيذ تأخراً يرتب عليه القانون بعض الآثار، ودعوته لتنفيذ التزامه مع وضعه أمام المسائلة القانونية عند امتناعه عن ذلك، فمجرد تأخر المدين في تنفيذ التزامه لا يكفي لاعتباره مقصراً، إذ قد يحمل سكوت الدائن عن المطالبة بحقه على محمل التساهل والتسامح، فإذا أراد نفي هذه القرينة كان عليه أن يعلن عن إرادته هذه، بأنه يريد اقتضاء حقه وذلك من خلال إعذار المدين، وما لم يعذر فلا يستطيع الدائن مطالبة مدينه بالتعويض عن التأخير في التنفيذ[1].

فالإعذار شرط لاستحقاق التعويض بصورة عامة ومن ذلك التعويض عن التأخير، وهذا ما نصت عليه المادة (218) من القانون المدني المصري، بأنه ((لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم ينص على غير ذلك))، واشتراط المشرع للإعذار باعتباره أحد شروط التعويض ينسحب على موضوع التعويض عن التأخير، كونه قد أخذ به، أما بالنسبة للمشرع الأردني فقد اعتبر الإعذار أحد الشروط الواجب توفرها لاستحقاق التعويض بصورة عامة وذلك في المادة (361) من القانون المدني الأردني والتي جاءت مطابقة في نصها وحكمها للمادة (218) من القانون المدني المصري، ولكن لا يمكن اعتباره أحد شروط استحقاق التعويض عن التأخير كون المشرع الأردني لم يأخذ بهذا النوع من التعويض، وبما أن المادة (167) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني المعدل قد أخذت بالفائدة القانونية، بذلك يمكن وضع قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1996/1544) الذي اعتبر الإعذار شرط لاستحقاق التعويض عن التأخير متعلق بموضوع الفائدة القانونية[2].

---

[1] د. الذنون، حسن علي ود. الرحو، محمد سعيد: **مرجع سابق.** ص 94 و 95.

[2] فقد جاء في هذا القرار بأن ((الإعذار هو وضع المدين في حالة المتأخر في تنفيذ الالتزام الذي تعهد به لأن مجرد حلول اجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في هذا الوضع القانوني بل لابد من إعذاره، فقد يحل الالتزام مع ذلك يسكت الدائن عن طلب التنفيذ من المدين فيحمل ذلك على التسامح وأنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين وأنه رضي ضمنياً بمد الأجل ما يستطيع الانتظار، أما إذا كان الدائن يريد من المدين تنفيذ التزامه الذي حل أجله فعليه أن يشعره بذلك عن طريق إعذاره بالطرق التي رسمها القانون فإذا تأخر بعد ذلك عن القيام بالشيء الذي تعهد به استحق عليه الضمان....)) قرار

والإعذار ليس شرطاً مطلقاً لاستحقاق التعويض عن التأخير، فقد أجاز المشرع الحكم بالتعويض إذا وجد نص في العقد أو في القانون يقضي باستحقاقه دون التقيد بالإعذار، فالقاعدة القانونية المنظمة لموضوع الإعذار هي قانون قانونية مكملة[1]، إذ يجوز الاتفاق على استحقاق التعويض دون التقيد به، فالإعذار وجد لتحقيق مصلحة شخصية للمدين وليس مصلحة عامة، لهذا يجوز الاتفاق على استبعاده واعتبار المدين معذراً بمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة للإعذار[2]. وينطبق ذلك على المادة (218) من القانون المدني المصري.

وقد حدد المشرع المصري آلية إجراء الإعذار وذلك في المادة (219) من القانون المدني المصري، بالنص على أنه ((يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البرد على الوجه المبين قي قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر))، وكذلك الحال بالنسبة للمادة (167) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني المعدل التي جعلت من الإخطار العدلي وسيلة الإعذار.

وللإعذار خصوصية معينة في موضوع الفائدة القانونية، فإلى جانب كونه شرط لاستحقاقها، يعتبر أحد محددات قيمتها، لأنها تحسب على أساس نسبة معينة من أصل الدين عن مدة زمنية معينة، وبداية هذه المدة التي تحسب فيها الفائدة يكون إما الإعذار أو المطالبة، فقد نصت المادة (226) من القانون المدني المصري على أنه ((.... وتسري هذه الفوائد من تاريخ

محكمة التمييز الأردنية رقم (1996/1544) تاريخ (1996/10/10) المنشور على الصفحة (1078) من مجلة نقابة المحامين لسنة 1998. مشار إليه لدى د. الحلالشه، عبد الرحمن أحمد جمعه: **مرجع سابق**. ص 88.

[1] ومع أن المادة (361) من القانون المدني الأردني لا تطبق أحكامها على الإعذار باعتباره أحد شروط استحقاق التعويض عن التأخير، وذلك لوجود نص خاص وهو المادة (167) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني المعدل، إلا أن الإعذار بصورة عامة إجراء لا يتعلق بالنظام العام ويتوجب على صاحب المصلحة التمسك به قبل الدخول في أساس الدعوى، حيث قررت محكمة التمييز الأردنية (99/323) ص (1035) سنة 2000 بأنه ((لا يستحق الضمان إلا بعد قيام الدائن بإعذار المدين وفقاً للمادة (361) من القانون المدني ما لم ينص القانون أو العقد على خلاف ذلك، على أن ذلك ليس من النظام العام ولا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها ولا يمكن لذي المصلحة إثارته بعد الدخول في أساس الدعوى)) نقلا عن الموقع الالكتروني **www.frralawyer.com** تاريخ 2009/8/29.

[2] د. الحلاشه، عبد الرحمن أحمد جمعه: **المرجع السابق**. ص 89.

المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره)).

بذلك يتوجب على الدائن المطالبة بالفوائد القانونية مطالبة قضائية حتى تسري هذه الفوائد من وقت المطالبة بها، ولا يكفي المطالبة بالدين وحده دون الفوائد، فالنص صريح في وجوب المطالبة بالفوائد القانونية ذاتها، ولم يكتفِ المشرع المصري بالإعذار لبدء سريان الفوائد وإنما تشدد بذلك فجعلها من وقت المطالبة القضائية، وذلك تنكراً منه للربا[1]، أما لو حدد الطرفان تاريخاً آخر لسريانها بناء على اتفاق أو عرف أو نص القانون على حكم آخر فإنها تسري من حينه[2]، وإذا كان العرف يحدد موعداً آخر لسريان الفائدة القانونية فيجب التمسك بهذا العرف في محكمة أول درجة[3]، وبخلاف ذلك فإن الدائن يفقد حقه بالتمسك به، ويطبق عندئذ حكم المادة (226) من القانون المدني المصري التي تحدد المطالبة القضائية موعداً لبدء سريان الفائدة القانونية.

ولأن المشرع الأردني تجنب النص في القانون المدني على الحكم الخاص بالفائدة القانونية وما يتعلق بها من أحكام وشروط، وبما أنه نظمها في المادة (167) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني المعدل، فقد اشترط لاستحقاق الفائدة القانونية الإعذار أو المطالبة القضائية ما لم يكن هنالك اتفاق آخر، وذلك في الفقرة الثانية من المادة المذكورة، والتي جاء فيها ((2- إذا كان في العقد شرط بشأن الفائدة يحكم بما قضى به الشرط. وإن لم يكن هناك شرط بشأنها فتحسب من تاريخ الإخطار العدلي. وإلا فمن تاريخ المطالبة بها في لائحة الدعوى أو بالإدعاء الحادث بعد تقديم اللائحة المذكورة))، كما حدد المشرع الأردني وقت استحقاق الدين موعداً لبدء احتساب الفائدة القانونية وفقاً لما نصت عليه المادة (84) من قانون التجارة الأردني، والتي جاء فيها أنه ((يجب على الوكيل أن يدفع الفائدة عن الأموال العائدة للموكل

---

[1] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2). نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات- آثار الالتزام). مرجع سابق**. ص 897- 898.

[2] العدوى، محمد شكري الجميل: **مرجع سابق**. ص484.

[3] العمروسي، أنور: **مرجع سابق**. ص (16).

اعتباراً من اليوم الذي كان يلزمه فيه تسليمها أو إيداعها وفاقاً لأمر الموكل))، وكـذلك الحـال بالنسبة للمادة (110) من ذات القانون الخاصة بالحساب الجاري، والتي جاء فيها ((إن الـدفعات تنتج حتماً لمصلحة المسلم على المستلم فائدة تحسب على المعدل القانوني إذا لـم تكـن معينـة بمقتضى العقد أو العرف)).

فبما أن المشرع الأردني أعطى لإرادة طرفي العقد الحق في تحديد وقت بداية احتساب الفائدة القانونية، فإن ذلك يعني أن الإعذار ليس من النظام العام، وحدد لبداية احتسـاب الفائـدة مواعيد ثلاثة، هي:

1- ما اتفق عليه طرفا العقد.

2- الإخطار العدلي.

3- المطالبة القضائية.

وبالرجوع لما قيل في تبرير موقف المشرع المصري عنـدما جعـل مـن المطالبـة القضائية وقتاً لبداية احتساب الفائدة القانونية دون الإعذار، من أن ذلك ينبع من كـره المشـرع المصري للربا، في حين أن المشرع الأردني الذي رفض النص على الفائدة القانونية في القانون المدني انطلاقاً من مبررات عديدة منها رفضه للربا، إلا أنه عندما نظم الأحكام الخاصة بالفائدة القانونية في قانون خاص لم يشتدد في موضوع الإعذار، لأنه جعل من الإعذار وقتاً لبدء سريان الفائدة ومقدماً في الترتيب على المطالبة القضائية.

فالتأخر في سداد مبلغ الدين عن موعده، والإخطار العدلي أو المطالبـة القضـائية أو الموعد المتفق عليه هما شرطا استحقاق الفائدة القانونية، وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنيـة الأردني المعدل، أما بالنسبة للقانون المدني المصري فإنه يمكن القول أنـه لاسـتحقاق الفائـدة

القانونية هنالك شرطان هما، التأخر في الوفاء بالالتزام بمبلغ الدين المعلوم والمطالبة القضائية[1]، مع إعطاء المجال للعرف والاتفاق والقانون لتحديد موعد آخر لسريان الفائدة.

المطلب الثاني: كيفية تقدير التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام

عند توفر الشروط الواجبة لاستحقاق التعويض عن التأخير بشقيه، التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام، والتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بأداء مبلغ من المال أو ما اصطلح على تسميتها بالفائدة القانونية، عندئذ ينشأ حق الدائن في طلب التعويض من مدينه، ولذلك لا بد من البحث في الطريقة التي وضعها المشرع لتحديد مقدار التعويض الواجب الأداء عن كلا نوعي التعويض عن التأخير، وتختلف هذه الطريقة تبعاً لاختلاف نوع الالتزام، فإذا كان الالتزام الذي تأخر المدين في تنفيذه هو أداء مبلغ من المال معين المقدار وحال الأداء، عندئذ يتولى القانون مهمة تقدير التعويض بما يعرف الفائدة القانونية، مع إمكانية وجود دور لإرادة طرفي العقد في تحديد مقدار هذا النوع من التعويض.

أما إذا كان الالتزام الذي تأخر المدين في تنفيذه هو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، فإن القضاء والاتفاق هما اللذان يتوليان مهمة تحديد مقدار التعويض المستحق، أو ما يعرف بالتعويض القضائي والاتفاقي، فقد حدد المشرع ثلاث طرق لتحديد مقدار التعويض – كما سبق ذكره– هي التعويض الاتفاقي والقانوني والقضائي، ومما تجدر الإشارة أن القانون المدني الأردني سيكون خارج دائرة البحث في هذا الموضوع كونه لم ينظم هذا النوع من التعويض، وتتوزع دراسة هذه المواضيع على الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تقدير التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام

تنص الفقرة (1) من المادة (221) من القانون المدني المصري، والتي جاء فيها ((1– إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا النتيجة الطبيعية

[1] د. سعد، نبيل إبراهيم: **مرجع سابق**. 83.

لعدم الوفاء بالالتزام أو بالتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لـم يكـن فـي استطاعة الدائن أن يتوقا ببذل جهد معقول))، فالمشرع المصري أعطى صلاحية تقدير التعويض لجهات ثلاث، هي طرفي العقد (التعويض الاتفاقي)، والقانون، والقضاء مـن خـلال المحكمـة المختصة، وهي الطرق التي يتم من خلالها تحديد مقدار التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام، وبما أن التعويض القانوني (الفائدة القانونية) هو نوع خاص من التعويض عن التـأخير سـيتم دراسته في الفرع التالي، لذلك فإن التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام يتم تحديـد مقداره بطريقتين، هما التعويض الاتفاقي والتعويض القضائي.

وبما أن المشرع جعل التعويض الذي يقدره القاضي في المرتبة الثالثة بعد التعـويض الاتفاقي والقانوني، بذلك يمكن لإرادة طرفي العقد أن تحدد مقدار التعويض المستحق في حـال تأخر المدين في تنفيذ التزامه بما يسمى بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائـي، ويكـون هـذا الاتفاق ملزم لطرفيه مع إمكانية تدخل المحكمة بتعديله زيادة أو تخفيضاً، ومن صور التعـويض الاتفاقي في حال التأخير في تنفيذ الالتزام، أن يكون التزام المدين القيام بعمل من الأعمال، كأن يتفق صاحب العمل مع المقاول في بند من بنود عقد المقاولة على التزام المقاول بدفع مبلغ مـن المال عن كل يوم أو أسبوع أو أية مدة زمنية أخرى يتأخر فيها المقاول عن تنفيـذ مـا التـزام به[1]،وقد نظم المشرع المصري هذا النوع من التعويض في المادة (223) من القـانون المـدني المصري، والتي جاء فيها ((يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها فـي العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد 215 , 220))، كما أن يتوجـب مراعاة أن يكون التعويض المتفق عليه في العقد متناسباً مع الضرر اللاحق بالدائن، لأنـه مـن حق المحكمة المختصة في حال طلب المدين، تخفيض مقدار التعويض إذا كان مبالغاً فيـه إلـى درجة كبيرة، ويمكن للمحكمة كذلك تخفيضه إذا نفذ المدين جزء من الالتزام الأصلي، ووجـود التعويض الاتفاقي يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين[2]، لذلك يفترض وقوع الضـرر ولا

[1] د. كرسون، وليد محمد علي: **مرجع سابق**. ص 446.

[2] وهذا ما جاء بقرار محكمة النقض المصرية رقم (2447) لسنة 70ق جلسة 2001/6/21 من أن ((الاتفاق مقـدماً علـى قيمة التعويض عن الإخلال بالالتزام العقدي – تنفيذاً أو تأخيراً– يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقـدين فـلا يكلـف

يكلف الدائن إثباته وعلى المدين إذا ادعى أن الدائن لم يلحقه ضرر أن يثبت ذلك، فعب الإثبات – خلافاً للقواعد العامة – ينتقل من الدائن إلى المدين بفضل وجود التعويض الاتفاقي[1]، وهذا ما يستفاد بمفهوم المخالفة لنص المادة (224) من القانون المدني المصري.

وإذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه عن الموعد المتفق عليه وترتب على هذا التأخير ضرر لحق بالدائن نتيجة لذلك بتوفر علاقة السببية بين الخطأ والضرر ووجود الإعذار – إن كان له مقتضى قانوني– ولم يكن هنالك اتفاق بين طرفي العقد على مقدار التعويض المستحق، عندئذ يتولى القضاء مهمة تحديد مقدار التعويض بالاعتماد على الأحكام العامة الواردة في القانون، فالقاضي يقوم بتحديد مقدار التعويض في حال سكوت العقد عن ذلك[2].

ويلتزم القاضي في تحديده لمقدار التعويض المستحق عن التأخير في تنفيذ الالتزام بالقواعد العامة للتعويض، وبما أن جبر الضرر اللاحق بالدائن هو الغاية من التعويض، فإنه يشترط في الضرر الواجب التعويض عنه أن يكون ضرراً مباشراً، وهو ما كان نتيجة طبيعية لإخلال المدين في تنفيذ التزامه، ويكون نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وفقاً لما نصت عليه الفقرة (1) من المادة (221) من القانون المدني المصري، وإخلال المدين في تنفيذ التزامه في هذه الحالة يتمثل في تأخره في تنفيذه، أما الضرر غير المباشر فلا يعوض عنه لأنه مع الضرر غير المباشر تنتفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر[3].

وإذا كان القانون قد اشترط أن يكون الضرر محققاً فليس معنى ذلك أنه يشترط أن يكون الضرر حالاً قد وقع فعلاً بل يكفي أن يكون محقق الوقوع في المستقبل، فإذا كان من

الدائن بإثباته)) نقلاً عن أحمد، إبراهيم سيد: **التعويض الاتفاقي فقهاً وقضاءً**. دون ط. مصر– المحلة الكبرى: دار الكتب القانونية. 2005. ص 102.

[1] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2). نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات– آثار الالتزام). مرجع سابق**. ص 858.

[2] د. الحلالشه، عبد الرحمن أحمد جمعه: **مرجع سابق**. ص 96.

[3] الحسناوي، حسن حنتوش رشيد: **مرجع سابق**. ص 107 و 108.

المستطاع أن يعين مقدار هذا الضرر سلفاً حكم القاضي بالتعويض في الحال دون انتظار وقوعه[1].

بذلك يمكن القول أن الضرر الواجب التعويض عنه في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه يتوجب أن يتوفر فيه أمران، هما:

1- أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لتأخر المدين في تنفيذ التزامه، أي أنه لولا خطأ المدين المتمثل بالتأخير في التنفيذ لما وقع الضرر في جانب الدائن.

2- ألاّ يكون بإمكان الدائن أن يتجنب الضرر الناتج عن التأخير في تنفيذ الالتزام، وذلك بأن يبذل لتجنبه جهد معقول، بمعنى يتوجب على الدائن ألاّ يقابل تقصير المدين المتمثل بتأخره في تنفيذ التزامه، بتقصير من جانبه بعدم محاولة تجنب وقوع الضرر، لأن تقصير الدائن بعدم بذل الجهد لتجنب الضرر هو في ذاته خطأ يوجب المسؤولية[2].

ووفقاً لما نصت عليه الفقرة (1) من المادة (221) من القانون المدني المصري، فإن التعويض عن التأخير يشمل كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب[3]، فالقاضي في حسابه لمقدار التعويض المستحق عن التأخير في التنفيذ يدخل في حسابه هذين العنصرين، فيقدر أولاً ما أصاب الدائن من ضرر بسبب تأخر المدين في التنفيذ. ثم يقدر بعد ذلك ما فات الدائن من كسب، ومجموع هذين العنصرين هو التعويض[4].

---

[1] الطباخ، شريف: **مرجع سابق**. ص 314.

[2] الذنون، حسن علي: **المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر). مرجع سابق**. ص 312.

[3] ويشمل كذلك التعويض عن التأخير المنصوص عليه في المادة (239) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على عناصر تقدير التعويض هي الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، حيث نصت الفقرة (1) من هذه المادة على أنه ((إذا لم يكن الضمان مقدراً في العقد، قدرته المحكمة، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام كلياً أو جزئياً، أو تنفيذه على وجه معيب، أو للتأخر في الوفاء به، ويعد الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول)).

[4] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2). نظرية الالتزام بوجه عام- آثار الالتزام. مرجع سابق**. ص 844.

وعند مقارنة الحكم الوارد في المادة (221) من القانون المدني المصري والتي بينت أن التعويض الذي يستحقه الدائن في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه يشمل الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، مع ما عليه الحال في القوانين المدنية المقارنة، يتبين أن المشرع اليمني ومع أنه أخذ بالتعويض عن التأخير – كما سبق وذكر – إلا أنه قصر التعويض الواجب الأداء في حال التأخير في تنفيذ الالتزام على الضرر اللاحق بالدائن دون الكسب الفائت، وهذا ما نصت عليه المادة (351) من القانون المدني اليمني، والتي جاء فيها ((إذا لم يكن متفقاً على مقدار التعويض في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويكون التقدير على أساس ما لحق صاحب الحق من ضرر محقق بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالحق أو للتأخر في الوفاء به ....)) ومع أن هذه المادة قريبة من ناحية الصياغة مع المادة (221) من القانون المدني المصري إلا أنهما مختلفتان في الحكم.

أما المشرع الإماراتي فقد قصر التعويض المستحق عن التأخير في تنفيذ الالتزام الذي أخذت به المادة (386) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي المعدل، على الضرر الواقع فعلاً، وهذا ما نصت عليه المادة (389) من ذات القانون، والتي جاء فيها أنه ((إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو العقد قدره القاضي بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه)).

وكما سبق وذكر فإن القانون المدني الكويتي يصنف من بين القوانين المدنية العربية التي أخذت بالتعويض عن التأخير دون الفائدة القانونية، وبذلك يشترك مع القانون المدني المصري في جزئية الأخذ بهذا النوع من التعويض مع أن القانون المدني المصري يأخذ إضافة لذلك بالفائدة القانونية، ولكنهما يختلفان في يشمله التعويض عن التأخير، حيث أن القانون المدني الكويتي يعوّض عن الضرر اللاحق دون الكسب الفائت، وهذا ما نصت عليه المادة (293) منه، بأنه ((عند تعذر تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، يجب على المدين تعويض الضرر الذي لحق الدائن بسبب ذلك، ما لم يثبت المدين أن عدم التنفيذ أو التأخير كان لسبب أجنبي لا يد له فيه))، فالقانون المدني الكويتي يعوّض عن الضرر الواقع فعلاً دون الكسب الفائت، وهذا ما يشترك فيه

مع القانون المدني اليمني والإماراتي، ويختلف فيه مع القانون المدني المصري الذي يعوّض عن الضرر الواقع والكسب الفائت.

الفرع الثاني: تقدير التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بأداء مبلغ من المال

يمتاز التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه الذي محله أداء مبلغ من المال معين المقدار وحال الأداء، أنه لا يشترط لاستحقاقه أن يثبت الدائن أن ضرراً قد لحق به، فهو ضرر مفترض غير قابل لإثبات العكس، وهذا ما يمثل خروجاً على القواعد العامة للمسؤولية المدنية التي تستوجب وجود الضرر باعتباره أحد شروط استحقاق التعويض.

وإذا كانت القواعد العامة تقضي بأن مقدار التعويض يختلف باختلاف مقدار الخسارة أو الضرر الذي أصاب الدائن من جراء تأخر مدينه في التنفيذ أو امتناعه عنه، فإن المشرع جعل مقدار التعويض في حالة التأخر عن دفع مبلغ من النقود، ثابتاً لا يتغير، وهذا الاستثناء الثاني ليس إلا نتيجة للاستثناء الأول المتعلق بافتراض الضرر، إذ لما كان استحقاق التعويض لا يتوقف على إقامة الدليل على وجود الضرر أو وقوعه، فإن تحديد مقداره ينبغي أن يجري بمعزل عن هذا الضرر ومستقلاً عنه[1]، وعلى هذا الأساس حدد المشرع المصري مقدار التعويض في حال التأخير في تنفيذ التزام محله أداء مبلغ من المال معين المقدار وحال الأداء بنسبة معينة من أصل الدين تختلف حسب نوع الدين ما إذا كان مدنياً أم تجارياً، فقد نصت المادة (226) من القانون المدني المصري، بأنه ((إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره)).

فالذي يحدد مقدار هذا النوع من التعويض، أمران، هما:

---

[1] د. الذنون، حسن علي: **المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر). مرجع سابق.** ص 331.

1- نسبة معينة من أصل الدين، تختلف حسب نوع الدين، فهي أربعة في المائة في الديون المدنية وخمسة في المائة في الديون التجارية، وفقاً لما جاء في المادة (226) من القانون المدني المصري، وتختلف هذه النسبة من قانون لآخر.

2- طول أو قصر المدة التي يتأخر في المدين عن تنفيذ التزامه، لأن مقدار الفائدة يحسب على أساس نسبة مئوية من أصل الدين سنويا[1]، مع أنه غاب عن نص المادة المذكورة أن الفائدة تحتسب سنوياً. والمهم في هذا الأمر أن تتحدد نقطة البداية للمدة التي تحتسب فيها الفائدة القانونية، بمعنى هل تستحق من تاريخ استحقاق الدين أم من تاريخ المطالبة؟ وقد حدد قانون التجارة الأردني ذلك في المادتين (84 و 110) وفي غيرهما من المواد الواردة فيه.

ومع أن المشرع المصري حدد مقدار الفائدة القانونية، إلا أن هذا التحديد لا يسري في حال وجود اتفاق بين طرفي العقد على نسبة أخرى للفائدة، ومعنى ذلك أن التحديد القانوني لنسبة الفائدة ليس قاعدة قانونية آمرة لا يجوز مخالفتها، وإنما هي قاعدة قانونية مكملة، حيث يجوز للطرفين مخالفتها والخروج عليه، ولكنه ليس خروجاً مطلقاً وإنما هو في النهاية خروج محكوم بتحديد حد أقصى للفائدة، فالنص التكميلي في حدود ما دون السقف الذي وضعه القانون كحد أقصى للفائدة، أي أنه نص آمر عند محاولة المتعاقدين تجاوز هذا السقف. إذ أن القانون أجاز الاتفاق على سعر فائدة أقل من المقرر قانوناً، ولكن لا يجوز أن يتجاوز سعر الفائدة المتفق عليه، السعر المحدد في القانون[2].

وإذا كانت الفائدة المتفق عليها تتجاوز الحد المسموح به قانوناً حتى وإن كانت مستترة تحت تسمية أخرى، فإنه يحق للمدين أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات، وإذا تجاوزت الفائدة المتفق عليها الحد الأقصى المقرر قانوناً، فإن الاتفاق يعد باطلاً فيما زاد، والبطلان سببه تعلق الحد الأقصى للفائدة بالنظام العام، ولا يترتب على الزيادة عن الحد الأقصى بطلان العقد بكامله،

---

[1] د. أبو السعود، رمضان: **مرجع سابق**. ص 89-90.

[2] أبو سعد، محمد شتا: **التعويض القضائي والشرط الجزائي والفائدة القانونية**. دون ط. مصر: مطبعة هشام بكفر الشيخ. دون سنة نشر. ص 319.

بل يقتصر الجزاء على إنقاص الفوائد إلى الحد الجائز قانوناً[1]، وهذا ما نصت عليه المادة (227) من القانون المدني المصري، والتي جاء فيها، بأنه ((1- يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أي حالة أخرى تشترط فيها الفوائد، على ألاَ يزيد هذا السعر على سبعة في المائة فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار. 2- كل عمولة أو منفعة أياً كان نوعها، اشترطها الدائن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة، وتكون قابلة للتخفيض، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون قد أداها ولا منفعة مشروعة)). ويلاحظ أن الحد الأقصى لسعر الفائدة التي يجوز الاتفاق عليها هو سبعة في المائة، ولا يميز بين الدين المدني أو التجاري، ويختلف في حده الأعلى عن سعر الفائدة القانوني.

ومع أن التعويض المستحق في حال الفائدة القانونية غير مرتبط بالضرر وجوداً وعدماً ومقداراً، إلا أن المشرع المصري خرج عن هذه القاعدة وأعطى المحكمة المختصة صلاحية ربط مقدار التعويض بالضرر، في حالتين، أولهما مرتبطة بالضرر اللاحق بالمدين، والأخرى مرتبطة بالضرر اللاحق بالدائن، وهاتان الحالتان، هما:

الحالة الأولى، وهي التي يتعمد فيها الدائن إطالة أمد النزاع بلا مبرر، وبقصد إطالة المدة التي يستمر فيها سريان الفائدة القانونية، وبذلك يشترط فيها أمران[2]، هما:

1- أن يطيل الدائن أمد النزاع بلا مبرر.

2- أن يكون الدائن سيء النية، أي أن يكون قد تعمد إطالة أمد النزاع بقصد تراكم الفوائد.

ففي هذه الحالة أعطى المشرع للمحكمة المختصة صلاحية تخفيض الفائدة أو عدم الحكم بها عن المدة التي تعمد فيها الدائن إطالة أمد النزاع، فقد نصت المادة (229) من القانون المدني

[1] د. أبو السعود، رمضان: **مرجع سابق**. ص 99-100.

[2] د. أبو السعود، رمضان: **المرجع سابق**. ص 101.

المصري، على أنه ((إذا تسبب الدائن، بسوء نية، وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع فللقاضي تخفيض الفائدة قانونية كانت أو اتفاقية أو لا يقضي بها إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر)) وينطلق هذا الحكم من كون أن إطالة أمد النزاع بلا مبرر يعد تعسفاً في استعمال الحق[1]، وهذا الحكم قضت به محكمة النقض المصرية[2].

الحالة الثانية، وهي التي يتعمد فيها المدين التأخر في الوفاء بدينه بقصد الإضرار بالدائن، لذلك أعطى المشرع المصري المحكمة المختصة صلاحية الحكم بتعويض إضافي للدائن إذا جاوز الضرر اللاحق به الفائدة القانونية[3]، حيث نصت المادة (231) من القانون المدني المصري على أنه ((يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفائدة، إذا ثبت أن الضرر الذي يجاوز الفائدة قد تسبب في المدين بسوء نية)).

وهنالك مجموعة من الضوابط والقيود التي ورد النص عليها في القانون المدني المصري، يتوجب على المحكمة الالتزام بها عند الحكم بالفائدة القانونية، هي:

1- يجب التقيد بالحد الأعلى المنصوص عليه في القانون للفائدة القانونية التي يتم الاتفاق عليها، والحكم بالنسبة المنصوص عليها في القانون في حال عدم وجود اتفاق.

---

[1] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2). نظرية الالتزام بوجه عام- آثار الالتزام. مرجع سابق.** ص 915.

[2] فقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية رقم (30-1101 تاريخ 1969/7/3) نقض مدني، بأنه ((لا يكفي لإعمال الجزاء المنصوص عليه في المادة (229) من القانون المدني وقوع خطأ من الدائن في مسكله في الدفاع في الخصومة ولو كان هذا الخطأ جسيماً، بل لابد من ثبوت سوء نيته وتعمده الإضرار بالمدين حتى يتراكم عليه الفائدة، ومن ثم فإن مجرد إبداء الدائن يخفق في إثباته لا يدل بذاته على أنه سيء النية في إطالة أمد التقاضي بل لابد بذلك من أن يثبت أن هذا الدفاع كيدي وأن القصد من تقديمه إطالة أمد التقاضي إضراراً بالمدين)) مشار إليه لدى الطباخ، شريف. **مرجع سابق.** ص 349.

[3] فقد قضت محكمة النقض المصرية في قرارها رقم (طعن 475، 39/387 ق جلسة 1976/12/30) بأنه ((مفاد نص المادة (231) مدني أنه يشترط للحكم للدائن بتعويض تكميلي بالإضافة إلى الفوائد إقامة الدائن الدليل على توافر أمرين: أولهما، حدوث ضرر استثنائي به لا يكون هو الضرر المألوف الذي ينجم عادة من مجرد التأخير في وفاء المدين بالتزامه. وثانيهما، سوء نية المدين من ضرر، فإذا لم يقدم الدائن الدليل على توافرهما أو يطلب سلوك طريق معين لإثبات توافرهما فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يقض لهم بالتعويض التكميلي يكون قد أصاب صحيح القانون)) نقلاً عن، عرفه، عبد الوهاب: **المسؤولية المدنية في ضوء الفقه وقضاء النقض.** دون ط. مجلد 1. الإسكندرية- مصر: المكتب الفني للموسوعات القانونية. دون سنة نشر. ص 167.

2- لا يجوز أن يزيد مقدار الفائدة المحكوم بها عن رأس المال (الدين الأصلي)، ولا يجوز تقاضي فوائد على مجمد الفوائد (فوائد مركبة)، وفقاً لما نصت عليه المادة (232) من القانون المدني المصري، ويقصد بتقاضي الفوائد على مجمد الفوائد، أن تضم الفوائد المستحقة التي لم يتم الوفاء بها إلى رأس المال وأن يتم بعد ذلك احتساب الفائدة على أساس المجموع[1]، ويستثنى من هذا القيد المعاملات التجارية.

3- أن التزام المدين بدفع الفوائد القانونية عن تأخره في تنفيذ التزامه، يتوقف عند بيع أمواله في المزاد ورسو المزاد، وهذا ما قررته المادة (230) من القانون المدني المصري، حيث ينتقل حق الدائنين بعد ذلك في طلب الفوائد إلى خزينة المحكمة إذا تم إيداع الثمن فيها أو إلى ذمة من رسى عليه المزاد، إذا كان هنالك سبب لاستحقاقها، وتقسم بين الدائنين قسمة غرماء[2].

وبما أن قانون الموجبات والعقود اللبناني قد أخذ بالتعويض عن التأخير وبالفائدة القانونية، كما سبق القول، فقد نصت المادة (265) منه، على أنه ((إذا كان موضوع الموجب مبلغاً من النقود فإن عوض التأخير يكون بأداء فائدة المبلغ المستحق محسوبة على المعدل القانوني ما لم يكن ثمة نص مخالف في العقد أو القانون. غير أنه إذا كان سيء النية جاز أن يعطي عوض إضافي للدائن الذي أضر به امتناع غير مشروع)) وتقابل هذه المادة، المواد 226 و 227 و 231 من القانون المدني المصري، ولكن يعاب على صياغتها أنها لم تذكر المدين صراحة، وإنما يفهم ضمناً أنه المخاطب بالحكم الوارد فيها، كما أنها لم تحدد مقدار الفائدة القانونية (نسبتها من أصل الدين)، مع أن التعويض عن التأخير في أداء مبلغ من المال هو تعويض قانوني بمعنى أنه محدد المقدار بموجب القانون، ويفهم من هذه المادة أنه يوجد معدل قانوني للفائدة المنصوص عليها في هذه المادة ولكن الذي يحدد هذا المعدل قانون آخر، وهو

[1] د. أبو السعود، رمضان: **مرجع سابق**. ص 104.

[2] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2). نظرية الالتزام بوجه عام- آثار الالتزام. مرجع سابق**. ص 917-918.

نظام المرابحة العثماني[1]، باعتباره القانون الذي يوضح ما جاء في المادة (265) من قانون الموجبات والعقود اللبناني بتحديده نسبة الفائدة القانونية[2]، فقد حددت المادة الأولى من نظام المرابحة العثماني معدل الفائدة بتسعة في المائة من أصل الدين، حيث نصت على أنه ((اعتباراً من تاريخ نشر هذا النظام يعين تسعة في المائة فائدة سنوية حداً أعظماً لكل أنواع المداينات العادية والتجارية))، ويلاحظ على المادة (265) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، ما يلي:

1- أنها أخذت بالفائدة القانونية دون أن تحدد مقدارها.

2- أعطت لطرفي العقد الحق في تحديد مقدار الفائدة دون أن تحدد سقفاً أعلى لا يجوز تجاوزه.

3- أعطت للمحكمة صلاحية الحكم بتعويض إضافي على المدين في حال كان امتناعه عن أداء الدين بسوء نية قد أدى إلى اللحاق الضرر بالدائن، وتقابل هذه المادة في حكمها هذا المادة (231) من القانون المدني المصري.

وبما أن المشرع الأردني لم ينظم الأحكام الخاصة بالتعويض عن التأخير بما في ذلك الفائدة القانونية في القانون المدني، لذلك تم النص على الأحكام الخاصة بالفائدة القانونية في المادة (167) من قانون أصول المحاكمات المدنية المعدل، حيث بينت الفقرة (4) من المادة المذكورة مقدار الفائدة التي يجوز الحكم بها أو الاتفاق عليها في حال تأخر المدين في الوفاء بالتزامه بأداء مبلغ من المال، ومقدار هذه الفائدة هو تسعة في المائة سنوياً، فقد نصت على أنه ((4- مع مراعاة ما ورد في أي قانون خاص، تحسب الفائدة القانونية بنسبة 9% سنوياً، ولا يجوز الاتفاق على تجاوز هذه النسبة))، ويلاحظ على هذه المادة مقارنة مع ما يقابلها من أحكام ورد النص عليها في القانون المدني المصري، ما يلي:

---

[1] نظام المرابحة العثماني الصادر بتاريخ 9 رجب 1304 هـ.

[2] مكيه، محمود عدنان: **مرجع سابق**. ص 29.

1- أنها لم تنص على أن الفائدة المحكوم بها لا يجوز أن يتجاوز مقدارها الدين الأصلي، بينما ورد النص على ذلك في المادة (232) من القانون المدني المصري، ولكن يمكن سد هذه الثغرة من خلال نص المادة (4) من نظام المرابحة العثماني[1].

2- أنها حددت الفائدة بنسبة تسعة في المائة سنوياً ولم تميز بين أنواع الديون كما أنها نفس النسبة سواء أكانت قانونية أم اتفاقية، أما القانون المدني المصري فقد حددها بنسبة مختلفة حسب نوع الدين ومختلفة بين ما إذا كانت قانونية أو اتفاقية ولم يربطها المشرع المصري بمدة زمنية معينة (أي المعدل السنوي). مع الأخذ بعين الاعتبار جواز الاتفاق على فائدة بسعر أقل من تسعة في المائة سنوياً.

وبمفهوم المخالفة لهذه المادة يجوز الاتفاق على فائدة سنوية بنسبة أقل من تسعة في المائة سنوياً، ويعتبر الاتفاق على نسبة أعلى منها مخالفة للقانون ويطبق عليه قانون الربا الفاحش[2]، الذي لا زال ساري المفعول في الأردن[3]، فمع أن المشرع الأردني أستند في رفضه للفائدة القانونية وللتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام في القانون المدني إلى العديد من المبررات، إلا أنه عندما نظم الفائدة القانونية في قانون خاص تركها دون تحديد أو انضباط بعكس ما عليه في القانون المدني المصري، الذي حددها ونظمها من مختلف الجوانب.

---

[1] تنص المادة (4) من نظام المرابحة العثماني على أنه ((فائدة الديون مهما مر عليها من السنين فلا يجب أن تتجاوز مقدار رأس المال وجميع الحكام ممنوعون من الحكم بالفائدة التي تتجاوز رأس المال)).

[2] قانون الربا الفاحش رقم (20) لسنة 1934. حيث الفقرة (1) من المادة (1) من القانون المذكور بأنه ((1- إذا أقيمت إجراءات أمام أية محكمة لتحصيل دين ووجدت بنية تقنع المحكمة بأن الفائدة المستوفاة عن الدين الحقيقي، سواء كانت مذكورة في العقد كفائدة أو مضمومة إلى رأس المال أو مستحقة الدفع بأية صورة أخرى، تزيد على المعدل الذي يجيزه القانون، فيجوز للمحكمة أن تدقق في المعاملة ثانية وأن تجري محاسبة بين الدائن والمدعى عليه ويجوز لها أيضاً، بالرغم عن وجود أي حساب أو مخالصة أو اتفاق آخر بين الدائن والمدعى عليه يستدل منه إغلاق المعاملات السابقة بينهما وتكوين التزام جديد ، أن تدقق في أي حساب تم بينهما فيما مضى وأن تعفي المدعى عليه من دفع أي مبلغ يزيد على المبلغ الذي تحكم المحكمة باستحقاقه وإذا كان المدين قد دفع مبلغاً يزيد عما يجب عليه دفعه أو أجاز ذلك في الحساب، فيجوز للمحكمة أن تأمر الدائن بإعادة ذلك المبلغ الزائد إليه)).

[3] الأعرج، موسى: **الفائدة في القانون والقضاء.** ص 20. بحث منشور على الموقع الالكتروني **www.lawjo.net** تاريخ 2011/5/15.

أما بالنسبة للتنظيم القانوني للفائدة القانونية وما يرتبط بها مـن أحكـام فـي الواقـع الفلسطيني[1]، وعند البحث يتبين أن نظام المرابحة العثماني[2] هو الذي يحكم الفائدة القانونية فـي فلسطين (الضفة الغربية)، والذي حدد الفائدة بنسبة تسعة في المائة سنوياً من أصل الدين المدني والتجاري على حد سواء، وهذا ما جاء النص عليه في المادة (1) منه والتي سبق عرضها، وقد ورد في هذا النظام العديد من الضوابط التي تحكم الفائدة، وهي:

1- لا يجوز أن تزيد الفائدة عن تسعة في المائة، وفي حال زيادتها يتوجب تخفيضها إلى الحـد المسموح به قانوناً، وفقاً لما نصت عليه المادة (3) من النظام والتي تنص علـى أنـه ((إذا تبين وقوع مقاولة على فائدة زائدة عن حدها النظامي إما صراحة في السـند بـين الـدائن والمديون أو بثبوت ضمها إلى رأس المال فيصير تنزيل مقدار الفائدة السنوية إلى تسعة في المابة)) وهذا ما أكدته المادة الأولى من قانون الربا الفاحش رقم (20) لسنة 1934.

2- أنه وحسبما نصت عليه المادة (4) من نظام المرابحة، أن الفائدة مهما مر عليها مـن مـدة زمنية لا يجوز أن تتجاوز مقدار رأس المال.

3- أن الفوائد المركبة ممنوعة.

ولحساب الفائدة يتوجب تحديد مسألتين، أولهما، نسبة معينة للفائدة وهو معلومة وفقـاً لما نصت عليه المادة (1) من نظام المرابحة، وثانيهما مدة زمنية تحسب فيها الفائدة وحتى تحدد هذه المدة لا بد من معرفة نقطة البداية لها، بمعنى هل تستحق الفائدة ويبدأ احتسابها من تـاريخ استحقاق الدين أم من تاريخ المطالبة القضائية أم من تاريخ الإنذار أو الأخطار العدلي؟

فكما ذكر سابقاً فإن القانون المدني المصري وفي المادة (226) منه حدد نقطة البدايـة للمدة الزمنية التي تحتسب خلالها الفائدة القانونية، ونقطة البداية هي المطالبة القضائية أو الاتفاق أو العرف والقانون، وكذلك الحالة بالنسبة للمادة (167) من قانون أصول المحاكمـات المدنيـة

[1] لم ينظم واضعو مشروع القانون المدني الفلسطيني الفائدة القانونية، فقد جاءت نصوصها خالية من أية إشارة أو حكم خاص بهذا النوع من التعويض.

[2] نظام المرابحة العثماني، الصادر بتاريخ 9 رجب 1304 هـ الساري المفعول في الضفة الغربية.

الأردني المعدل، التي حددتها في الفقرتين (2 و3) بالإخطار العدلي والمطالبة القضائية وما تـم الاتفاق عليه في العقد، ولكن السؤال الذي يثور هنا، متى يبدأ احتساب الفائـدة القانونيـة وفقـاً للقوانين والأنظمة المعمول بها في فلسطين (الضفة الغربية)؟ فعند البحث في نصـوص نظـام المرابحة العثماني لا يتبين وجود أي ذكر للوقت أو الإجراء الذي يبدأ عنـده سـريان الفائـدة القانونية، فقد اكتفى نظام المرابحة بتحديد نسبة الفائدة دون أن يحدد متى يبدأ سريانها، فلـم لـم يحدد ما إذا كانت الفائدة تستحق من تاريخ استحقاق الدين، أم من تاريخ المطالبة القضـائية، أم من تاريخ الإخطار العدلي.

وبما أن الفائدة القانونية تستحق عن التأخير في الوفاء بالديون المدنية والتجارية، لذلك لا بد من التمييز بينها فيما يخص الوقت الذي تبدأ منه سريان الفائدة:

أولاً: الديون التجارية.

بالعودة إلى قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 السـاري المفعـول فـي فلسطين (الضفة الغربية)، يتبين وجود العديد من النصوص القانونية الواردة فيه والتـي تحـدد الوقت الذي يبدأ منه سريان الفائدة فيما يخص الديون المنظمة فيه، ومن ذلك ما نصـت عليـه الفقرة (4) من المادة (128) من القانون المذكور، على أنه ((4- وتسري الفائدة من تاريخ سند السحب إذا لم يعين فيه تاريخ آخر))، وكذلك تنص المادة (263) من ذات القانون علـى بدايـة المدة التي تسري فيها الفوائد القانونية للشيك، حيث جاء في الفقرتين (أ ، ب) من هذه المادة، أنه ((لحامل الشيك مطالبة من له حق الرجوع عليه بما يأتي: أ- مبلغ الشيك غيـر المـدفوع. ب- الفوائد ابتداءً من يوم التقديم محسوبة بسعرها القانوني بالنسبة للشيكات المسحوبة فـي المملكـة الأردنية والمستحقة الوفاء فيها، وبسعر (6%) بالنسبة للشيكات الأخرى)). كما أن المـادة (84) من قانون التجارة الأردني – السالفة الذكر- قد حددت موعد استحقاق الفائدة القانونيـة للمبـالغ التي تستحق للموكل على الوكيل من اليوم الذي كان يتوجب عليها تسليمها للموكـل – أي مـن تاريخ استحقاق الدين- وكذلك الحال بالنسبة للمادة (2/113) من ذات القانون الخاصة بالحساب الجاري والتي تنص على أنه ((2- ويؤلف الرصيد الباقي ديناً صافياً مستحق الأداء ينتج ابتـداء

من يوم التصفية فائدة بالمعدل العين في الحساب الجاري إذا نقل الرصيد إلى حساب جديد وإلا فبالمعدل القانوني)).

فهذه المواد التي عرضت أحكامها من قانون التجارة الأردني جاءت على سبيل المثال لا الحصر، وهذا يعني أنه بالإمكان تحديد نقطة البداية للمدة الزمنية التي تسري خلالها الفائدة القانونية بالنسبة للديون المنظمة في قانون التجارة المذكور الساري في فلسطين (الضفة الغربية).

ثانيا: الديون المدنية.

حدد نظام المرابحة العثماني الفائدة القانونية بنسبة (9%) سنوياً دون أن يحدد الوقت الذي يبدأ منه سريان الفائدة، ولم يميز هذا النظام بين أنوع الديون أو أنواع العملات، ولكن الأمر العسكري رقم (980)[1] الصادر عن سلطات الاحتلال أوقف العمل بنظام المرابحة فيما يخص فائدة الديون بعملة الشيقل، ووضع العديد من الأحكام الخاصة بالفائدة القانونية عن هذا النوع من الدين (الدين بعملة الشيقل)، وهي:

1- أن الحكم بالفائدة القانونية يشمل أصل الدين المحكوم به كلاً أو جزءاً، ويشمل كذلك أتعاب المحاماة ونفقات المحاكم.

2- أن نسبة الفائدة تصل إلى (120%) سنوياً، ما لم تقرر المحكمة نسبة أقل.

3- إذا حدث تغيير على نسبة الفائدة فيسري على مبلغ الدين المتبقي الذي لم يتم الوفاء به.

4- استثنى هذا الأمر من أحكامه الفوائد والتعويضات المتفق عليها بين الأطراف عن التأخير في الدفع.

---

[1] الأمر العسكري رقم (980) بشأن الحكم بالفائدة والارتباط. الصادر بتاريخ 12 نيسان 1982. نقلاً عن **الموقع الإلكتروني http//muqtafi.birzeit.edu** تاريخ 2011/5/14.

5- لم يأخذ بالفائدة المركبة، ولكنه في المقابل لم يمنع تجاوز مقدار الفائدة أصل الدين، لأنه حدد الفائدة بنسبة (120%) سنوياً.

6- أن استحقاق الفائدة يبدأ من تاريخ تقديم الدعوى أو من يوم حدوث سبب الدعوى وحتى يوم الدفع، وأما نفقات المحاكم فتحسب الفائدة عنها من تاريخ صرفها وحتى دفعها، وأتعاب المحاماة يبدأ احتساب الفائدة عنها من تاريخ صدور الحكم وحتى دفعها، ما لم تقرر المحكمة مدة أقصر.

فهذا الأمر حدد بداية المدة التي تسري خلالها الفائدة القانونية، ولكن أحكامه تخص دين معين، وهو الدين بعملة الشيقل فقط، ولذلك تبقى الديون المدنية بالعملات الأخرى دون تحديد لبداية مدة سريان الفائدة بالنسبة لها في حال تأخر المدين في الوفاء بها، علماً بأن محكمة النقض الفلسطينية رفضت الحكم بمقتضى الأمر العسكري رقم (980) المذكور، كونه صادر عن سلطات الاحتلال ولا يتعلق بأمنها وليست فيه مصلحة ظاهرة لمن هم تحت الاحتلال (المواطنين الفلسطينيين)، فقد جاء في قرارها رقم (2006/156)[1]نقض مدني، أنه ((لما كانت المادة (43) من لائحة لاهاي لعام 1907 الخاصة بالحرب البرية[2] قد أوجبت على سلطة الاحتلال المحافظة على القوانين المطبقة في البلد المحتل ما لم يحل دون ذلك مانع مطلق، بحيث تبقى التشريعات التي كانت عشية الاحتلال سارية المفعول ولا يجوز لسلطة الاحتلال تعديل هذه التشريعات إلا إذا تطلب ذلك المحافظة على أمن قواته أو أقتضى ذلك مصلحة السكان، ولما كان الأمر 980 الذي استثنى عملة الشيقل من الخضوع لنظام المرابحة بالنسبة للحد الأقصى لسعر الفائدة لا يتعلق بأمن قوات الاحتلال ولا مصلحة فيه للسكان، بل يبدو جلياً أنه تقرر لمصلحة الاحتلال ومواطنيه ومؤسساته العاملة في المناطق المحتلة حين صدوره، وبذا فإنه يغدو مخالفاً لأحكام القانون الدولي ويتعين على القضاء الوطني استبعاده والامتناع عن تطبيقه....)) .

---

[1] قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم (2006/156 نقض مدني) تاريخ 2007/7/4. نقلاً عن الموقع الإلكتروني **http//muqtafi.birzeit.edu** تاريخ 2011/5/15.

[2] تنص المادة (43) من لائحة لاهاي الخاصة بقوانين وأعراف الحرب البرية لسنة 1907 على أنه ((إذا انتقلت سلطة القوة الشرعية بصورة فعلية إلى يد قوة احتلال، يتعين على هذه الأخيرة، قدر الإمكان، تحقيق الأمن والنظام العام وضمانه، مع احترام القوانين السارية في البلاد، إلا في حالات الضرورة القصوى التي تحول دون ذلك)).

ومع أن محكمة النقض الفلسطينية رفضت الحكم بمقتضى الأمر العسكري في هذا القرار، إلا أنها وفي قرارات أخرى لاحقة له تعاطت مع الأمر العسكري المذكور، ودعمت أحكامها بالاعتماد على ما جاء فيه من أحكام متعلقة بالفائدة القانونية، ومن ذلك القرار رقم (2006/194 نقض مدني)[1] الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية، والذي جاء فيه ((وفي الموضوع وبالنسبة للسبب الأول وحيث يبدأ حساب الفائدة المحكوم بها من يوم تقديم الدعوى ما لم تحدد المحكمة يوماً آخر بما لها من سلطة تقديرية سنداً للمادة (6/أ) من الأمر رقم (980) المعدل بشأن الفائدة والارتباط التي تنص على أنه (تكون فترة الفائدة في الحكم وفقاً للبند (2) من يوم تقديم الدعوى.... إن لم تقرر المحكمة بفترة أقصر) فإن قرار المحكمة ربط المبلغ المحكوم به بجدول غلاء المعيشة والفائدة من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية يتفق ونص المادة المذكورة ويكون هذا السبب غير وارد وتقرر رده)).

فإن كان الأمر العسكري رقم (980) لسنة 1982 هو الأساس القانوني الذي يحدد بداية المدة التي تسري خلالها الفائدة القانونية فيما يخص الدين بعملة الشيقل، ولكن يبقى السؤال ما هو السند القانوني للحكم بالفائدة القانونية من تاريخ المطالبة القضائية، بها بالنسبة للديون بعملات أخرى غير عملة الشيقل؟ فرغم عدم وجود نص قانوني صريح يحدد بداية المدة التي تسري خلالها الفائدة القانونية بالنسبة للديون المدنية بعملات غير عملة الشيقل كالدينار الأردني وغيره، إلا أن المحاكم الفلسطينية تحكم بالفائدة القانونية من تاريخ إقامة الدعوى (المطالبة

---

[1] قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم (2006/194 نقض مدني) تاريخ 2008/11/3. نقلاً عن الموقع الإلكتروني **http//muqtafi.birzeit.edu** تاريخ 2011/5/15. وكذلك اعتمدت محكمة النقض الفلسطينية على الأمر العسكري في قرارها رقم (2008/146 نقض مدني) الصادر بتاريخ 2008/5/26، والذي جاء فيه ((وفي الموضوع وبالنسبة للسبب الأول، ولما كان تحديد وقت ربط المبلغ المحكوم به بجدول غلاء المعيشة والفائدة القانونية يعود لمحكمة الموضوع وفق نص المادتين (6/أ) و (4) من الأمر رقم 980 لسنة 1982 بشأن الحكم بالفائدة والارتباط، وقد مارست المحكمة خيارها وطبقت أحكام الأمر تطبيقاً سليماً، فإن حكمها يكون واقعاً في محله ويكون هذا السبب غير وارد وحرياً بالرد)). وكذلك ما جاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم (2009/281 نقض مدني) الصادر بتاريخ 2009/9/27 بأنه ((وفي ذلك نرى أن الحكم بالفائدة القانونية من تاريخ الإدعاء لا تثريب عليه كونه يأتي منسجماً مع أحكام المادة الرابعة من الأمر رقم 980 لسنة 1982 والتي أعطت للمحكمة صلاحية في الحكم بها إما من تاريخ تقديم الدعوى أو من يوم آخر ابتداء من يوم حدوث سبب دفعها، وعليه يكون ما جاء في هذا السبب غير وارد ويتعين رده)) هذه القرارات نقلاً عن الموقع الإلكتروني **http//muqtafi.birzeit.edu** تاريخ 2011/5/15.

القضائية) وحتى السداد التام، إذا طلب المدعى (الدائن) ذلك في لائحة الدعوى، ويمكن اعتبار ذلك بمثابة عرف قضائي تعمل المحاكم الفلسطينية بمقتضاه، ومن ذلك ما جاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم (2004/182 نقض مدني)[1]، بأنه ((وبخصوص الفائدة فإننا نجد أن الحقوق العمالية التي تترتب للعامل في ذمة صاحب العمل بعد إنهاء عقد العمل تعتبر ديناً في ذمة صاحب العمل فإذا لم يقم بدفعها بعد مطالبته بها يحكم بالفائدة القانونية من تاريخ الإدعاء وحتى السداد التام في حال الإدعاء بها))، مع أن إعطاء الدائن الحق في المطالبة بالفوائد القانونية من تاريخ استحقاق الدين في هذه الحالة أكثرا عدالة، لأن استحقاق الدين هو الذي يعطي للدائن الحق في الفائدة القانونية، أما المطالبة أو الإعذار فهو شرط إجرائي يعبر من خلاله الدائن عن رغبته وحاجته لتنفيذ المدين لالتزامه، ففي ظل غياب نص قانوني واضح يحدد موعد بدء احتساب الفائدة القانونية للديون المدنية بغير عملة الشيقل، لذلك يرى الباحث أن من حق الدائن المطالبة بها – أي بالفوائد القانونية- من تاريخ استحقاق الدين، وفي الوقت نفسه يتمنى الباحث على المشرع الفلسطيني في حال أراد الأخذ بالفائدة القانونية تنظيمها من مختلف جوانبها ومعالجة جوانب القصور في الأحكام المطبقة حالياً فيما يخصها، مع أن عدم الأخذ بها هو الأفضل كونها تمثل استثناء على القواعد العامة للمسؤولية المدنية.

[1] قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم (2004/2/18 نقض مدني) الصادر بتاريخ 2005/1/29 نقلاً عن الموقع الإلكتروني **http//muqtafi.birzeit.edu** تاريخ 2011/5/20.

المبحث الثاني: تمييز التعويض عن التأخير عن غيره من الأنظمة القانونية

يقترب التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام والفائدة القانونية (فائدة التأخير) كونها تمثل صورة خاصة للتعويض عن التأخير، من أنظمة قانونية أخرى، حيث يوجد بينها أحكام قانونية مشتركة، وأخرى مختلفة تميز التعويض عن التأخير عن غيره من الأنظمة القانونية الشبيهة به، لذلك سيتم تمييز هذا النوع من التعويض بتحديد الحد الفاصل بينه وبين تلك الأنظمة القانونية من خلال تحديد النقاط المشتركة والمختلفة، وهذه الأنظمة هي، الغرامة التهديدية ويخصص لها المطلب الأول، وفائدة القرض ويخصص لها المطلب الثاني، والتعويض الاتفاقي ويخصص له المطلب الثالث.

المطلب الأول: تمييز "التعويض عن التأخير" عن الغرامة التهديدية

يحتاج تنفيذ بعض الالتزامات تدخل المدين شخصياً للقيام بذلك، بمعنى أن شخصية المدين محل اعتبار، ومثال ذلك التزام ممثل (فنان) بعدم التمثيل في مسرح معين والذي يقتضي أن يمتنع هذا الممثل عن التمثيل، أو التزامه بالتمثيل في مسرحية معينة والذي يتطلب قيامه بذلك شخصياً دون غيره، أو التزام شركة احتكارية للمياه أو الكهرباء بتقديم خدماتها لمن تعاقد معها من الجمهور، فلا يتصور التنفيذ العيني لهذا الالتزام إلا إذا قامت به الشركة ذاتها، كما أن إجبار المدين بطريق مباشر على التدخل شخصياً للقيام بتنفيذ التزامه قد لا يكون منتجاً، وقد يقتضي المساس بحرية المدين الشخصية، وهذا لا يجوز، لذلك ابتدع القضاء الفرنسي وسيلة لحمل المدين على التنفيذ العيني في مثل هذه الحالات، وتسمى هذه الوسيلة بالتهديد المالي أو الغرامة التهديدية[1].

وتتلخص الغرامة التهديدية في أن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عيناً خلال مدة معينة، فإذا تأخر المدين في التنفيذ كان ملزماً بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخير[2]، مبلغاً معيناً

---

[1] د. أبو السعود، رمضان: **أحكام الالتزام (دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني)**. دون . بيروت- لبنان: دار الجامعية. 1994. ص 80-81.

[2] يوسف، أمير فرج: **نظرية الالتزامات في القانون المدني**. ط1. الإسكندرية- مصر: منشأة المعارف. 2009. ص 63.

عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أية من الزمن، أو عن كل مـرة يـأتي عمـلاً يخـل بالتزامه، وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو إلى أن يمتنع نهائياً عن الإخلال بالالتزام ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية، ويجوز للقاضـي أن يخفـض هـذه الغرامات أو أن يمحوها بتاتاً، فالغرامة التهديدية هي مبلغ من المال يقضى بإلزام المدين بأدائـه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أية فترة معينة من الزمن، أو عن كـل إخـلال يـرد علـى الالتزام. ويقصد من هذه الغرامة التغلب على ممانعة المدين المتخلف، ولهذا أجيز للقاضـي أن يزيد من مقدارها إزاء تلك الممانعة كلما رأى أن ذلك أكفل بتحقيق الغرض المقصود[1].

فالغاية من الغرامة التهديدية إرهاب المدين وحمله على التنفيذ العيني، وليس الغـرض من هذه الغرامة تعويض الدائن عن تأخر المدين في الوفاء[2]، وقد نظم المشرع المصري الغرامة التهديدية في المادتين (213 و 214) من القانون المدني المصري[3]، فقد نصـت المـادة (213) على أنه ((1- إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسـه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنـع عـن ذلك. 2- وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة))، وتنص المادة (214) من ذات القانون على انـه ((إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين، مراعياً في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن، والعنت الذي بدا من المدين))، كما نظـم المشرع اللبناني الغرامة التهديدية في المادة (251) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والتي جاء فيها ((غير أنه لا يمكن تطبيق هذه المعاملة على الموجبات التي يستلزم إيفاؤها عيناً، قيـام المديون نفسه بالعمل، فيحق للدائن حينئذ أن يطلب الحكم على المدين بغرامة عن كل يوم أو كل

---

[1] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2). نظرية الالتـزام بوجـه عـام- آثـار الالتزام. مرجع سابق.** ص 807.

[2] د. سلطان، أنور: **أحكام الالتزام (الموجز في النظرية العامة للالتـزام – دراسـة مقارنـة فـي القـانونين المصـري واللبناني).** دون ط. بيروت- لبنان: دار النهضة العربية. 1980. ص 57.

[3] وكذلك ورد النص على الغرامة التهديدية في المادة (236) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، والتي جاءت صياغتها مطابقة لنص المادتين (213 و 214) من القانون المدني المصري.

أسبوع أو كل شهر يتأخر فيه أو كل نكول يرتكبة رغبة في إكراه المديون المتمرد وإخراجه من الجمود. وبعد تنفيذ الموجب عيناً يحق للمحكمة أن تعفي من الغرامة أو أن تبقي منها ما يعوض الدائن من الضرر الذي لحقه بسبب الامتناع غير المشروع الذي بدا من المديون))، وإن كانت صياغة المادتين (213 و 214) من القانون المدني المصري تختلف عن صياغة المادة (251) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، أنها متفقة في بينها في الحكم والمضمون.

أما بالنسبة للقانون المدني الأردني، فإن هنالك نص قانوني ورد فيه يوحي بأن المشرع الأردني قد أخذ بالغرامة التهديدية، فقد نصت المادة (360) من القانون المدني الأردني على أنه ((إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي تلزمه المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين))، فعند التدقيق في صياغة هذه المادة، يتبين بأنها تقابل المادة (214) من القانون المدني المصري، مع اختلاف في موقع كلا المادتين، حيث وردت المادة (360) من القانون المدني الأردني ضمن الأحكام الخاصة بالتعويض (التنفيذ بطريق التعويض)، بينما وردت المادة (214) من القانون المدني المصري ضمن الأحكام الخاصة بالتنفيذ العيني، مما يدعو ذلك إلى القول بأن المشرع الأردني لم يورد أي نص مباشر بشأن الغرامة التهديدية، وأن ما ورد في المادة (360) من القانون المدني الأردني يبين فقط كيفية حساب التعويض الذي يكون بمقدار الضرر الواقع والعنت الذي بدا من المدين، وسواء في ذلك أكان التنفيذ العيني قد تم أم لا. وعليه وحيث أن المشرع الأردني لم يؤخذ بالغرامة التهديدية ضمن القواعد العامة، فإنه يكون غريباً منه النص عليها بصفة خاصة فيما يتعلق بعقد الكفالة[1]،[2] لذلك فإن إيراد المشرع لهذه المادة وبهذه الصيغة منتقد لعدم الوضوح وعدم الصلاحية للتطبيق العملي[3].

---

[1] د. دواس، أمين: **أحكام الالتزام. مرجع سابق.** ص 65 و 66.

[2] حيث تنص الفقرة (1) من المادة(961) من القانون المدني الأردني على أنه ((الكفالة بالنفس تلزم الكفيل بإحضار المكفول في الوقت المعين عن طلب المكفول له فإن لم يفعل جاز للمحكمة أن تقضي عليه بغرامة تهديدية ولها أن تعفيه منها إذا أثبت عجزه عن إحضاره).

[3] د. الفار، عبد القادر: **أحكام الالتزام (آثار الحق في القانون المدني). مرجع سابق.** ص 64.

كما أن مقدار التعويض وفقاً لنص المادة (363) من القانون المدني الأردني يتحدد بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه، وبالتالي لا يعتبر ما يبديه المدين من عنت في رفضه للتنفيذ أو التأخر فيه أحد عناصر تقدير التعويض وفقاً لهذه المادة، وعليه إذا تم التسليم بصحة الرأي القائل بأن المشرع الأردني لم يأخذ بالغرامة التهديدية كونها مرتبطة بالتنفيذ العيني وليست مرتبطة بالتعويض، فكيف يمكن التوفيق بين نص المادة (360) والمادة (363) والمادة (961) من القانون المدني الأردني؟ فهذا يعني بأن موقف المشرع الأردني من الغرامة التهديدية موقف غير واضح، ولم يراعِ مسألة وضع نص المادة (360) ضمن سياقها القانوني الصحيح، فهو نص مجتزأ من نظام قانوني كامل (الغرامة التهديدية) لم تكتمل نصوصه لدى المشرع الأردني.

ويشترط للحكم بالغرامة التهديدية، الشروط التالية:

1- أن يكون تنفيذ الالتزام عيناً لا يزال ممكناً، إذ تفترض طبيعة الحكم بالغرامة التهديدية أن يكون هنالك التزام لا يزال بالإمكان تنفيذه عيناً. فإذا لم يكن هنالك التزام أصلاً فلا يتصور الحكم بالغرامة التهديدية، مع أن وجود الالتزام لا يكفي وحده لتبرير الحكم بها، بل يجب أن يكون تنفيذه عيناً لا يزال ممكناً، لأن الغرض من هذه الغرامة هو الوصول إلى هذا التنفيذ[1]، ثم لابد أن يكون المدين ممتنعاً عن تنفيذ التزامه، بأن تطلب المحكمة منه التنفيذ فلا يستجيب، أما إذا استجاب فلا مجال للحكم عليه بتلك الغرامة[2].

2- أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، وهذا الشرط يستفاد من نص الفقرة (1) من المادة (213) من القانون المدني المصري، والتي جاء فيها، أنه ((1- إذا كان تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه.......))، وبمفهوم المخالفة لنص المادة المذكورة، إذا أمكن التنفيذ العيني دون تدخل المدين الشخصي، فلا محل للجوء إلى التهديد المالي. حيث ينحصر مجال القضاء بالغرامة

[1] د. سلطان، أنور: **أحكام الالتزام. مرجع سابق.** ص 59.

[2] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2). نظرية الالتزام بوجه عام- آثار الالتزام. مرجع سابق.** ص 808-809.

التهديدية في الحالات التي يكون فيها من غير الممكن تنفيذ الالتزام جبراً إلا إذا قام به المدين نفسه[1].

3- أن يطلب الدائن من المحكمة الحكم بالغرامة التهديدية، وهذا الشرط محل خلاف، بين من يرى أن المحكمة لا يمكنها أن تقضي بها دون أن يطلب الدائن ذلك، ومن يرى أن بإمكان المحكمة أن تحكم بهذه الغرامة من تلقاء نفسها[2].مع أن الفقرة (1) من المادة (213) من القانون المدني المصري تدعم الرأي الأول، حيث ورد نصها، بأنه ((.... جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ودفع غرامة تهديدية....)) فالأمر جوازي بالنسبة للدائن بأن يطلب الحكم له بالغرامة التهديدية على مدينه أو أن لا يطلب ذلك، وكذلك فإن الأمر جوازي بالنسبة للمحكمة.

وتمتاز الغرامة التهديدية بالعديد من الميزات التي تمثل حداً فاصلاً بينها وبين غيرها من الأنظمة القانونية، وهذه الميزات، هي:

1- أنها تحكمية وتهديدية، ومعنى هذا أن القاضي عندما يقرر الحكم بالغرامة التهديدية لا يراعي في تقديرها مقدار الضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة لعدم تنفيذ المدين لالتزامه، بل إن التهديد المالي يزيد عادة عن مقدار الضرر زيادة كبيرة، وذلك لأن الغاية من هذه الوسيلة هي حمل المدين المتعنت المماطل على تنفيذ التزامه[3]، ولذلك يكون تقدير الغرامة تقديراً تحكمياً يراعي فيه القاضي المركز المالي للمدين ودرجة تعنته دون النظر إلى الضرر الذي أصاب الدائن، ويزيد القاضي من هذه الغرامة كلما طال تعنت المدين، وتحقيقاً للغرض منها، ألا وهو إرهاب المدين لحمله على تنفيذ تعهده[4].

---

[1] د. أبو السعود، رمضان: **أحكام الالتزام (دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني)**. **مرجع سابق**. ص 84.

[2] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2). نظرية الالتزام بوجه عام- آثار الالتزام**. **مرجع سابق**. ص 812. ود. أبو السعود، رمضان: **أحكام الالتزام (دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني)**. **مرجع سابق**. ص 86.

[3] د. الذنون، حسن علي: **شرح القانون المدني العراقي (أحكام الالتزام)**. دون ط. بغداد- العراق: مطبعة المعارف. 1952. ص 26.

[4] د. سلطان، أنور: **أحكام الالتزام**. **مرجع سابق**. ص 62.

2- أن تقدير الغرامة التهديدية يكون على مراحل، ولا تقدر جملة واحدة بـــل علـــى دفعـــات أو مرات حتى يستجيب المدين بالالتزام ويقوم بتنفيذه[1].

3- أنها مؤقتة، فما دام الغرض من الغرامة التهديدية إجبار المدين على تنفيـــذ التزامـــه, فـــإن تقديرهما يكون مؤقتاً وغير نهائي, وتبرز هذه الخاصة في أمـــرين, أولهمـــا, أن القاضـــي يستطيع أن يزيد مقدارها إذا تبين له أنها لا تكفي للتغلب على عناد المدين وإصراره علـــى عدم التنفيذ[2], ثانيهما، أن مصير الغرامة التهديدية قد يكون الإلغاء بإعفاء المـــدين منهـــا، أو تخفيضها أو تحويلها إلى تعويض[3]. وعندما يقوم القاضي بتحويل الغرامـــة التهديديـــة إلـــى تعويض نهائي فإن عناصر هذا التعويض هي ذات عناصر التعويض العادي، حيث تشـــمل هذه العناصر ما لحق الدائن من ضرر (خسارة) وما فاته من كسب – وفقاً للقانون المـــدني المصري- بسبب عدم قيام المدين بالتنفيذ (إذا أصر على ذلك)، أو بسبب التأخر فيه، إذا كان المدين قد رجع عن عناده ونفذ ما التزم به عيناً. ولكن هنالك عنصر جديـــد يضـــاف إلـــى العناصر السابقة ويجب على القاضي مراعاته، وهو مقدار ما بدا من المـــدين مـــن تعنـــت وإصرار على عدم التنفيذ أو التأخر فيه، وبهذا العنصر الأخير يتميز التعويض النهائي، الذي سبقه حكم بالغرامة التهديدية، عن التعويض العادي الذي لا يدخل في تقديره هـــذا العنصـــر الأخير[4]. ومع ذلك لا يمكن اعتبار الغرامة التهديدية تعويضاً، فهي لا تقاس بمقياس الضـــرر ولا تتوقف عليه، إنما هي وسيلة للضغط على المدين المتعنت للتغلب على عناده حتى يقـــوم بتنفيذ التزامه، فهي إذن وسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري[5].

---

[1] يوسف، أمير فرج: **مرجع سابق**. ص 65.

[2] د.الذنون, حسن علي: **أحكام الالتزام. مرجع سابق**. ص 27.

[3] د. أبو السعود، رمضان: **أحكام الالتزام (دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني). مرجع سابق**. ص 89.

[4] د. أبو السعود، رمضان: **أحكام الالتزام (دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني). المرجع السابق**. ص 91.

[5] د.السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2). نظرية الالتزام بوجه عام- آثار الالتزام. مرجع سابق**. ص 815-816.

وبعد أن تم دراسة الغرامة التهديدية من حيث المفهوم والشروط والخصائص والطبيعة القانونية، ولكونها نظام قانوني قريب من التعويض عن التأخير، لذلك لابد من تحديد نقاط الاتفاق والاختلاف بينهما، وهي على النحو التالي:

أولاً: أوجه الاختلاف بين التعويض عن التأخير والغرامة التهديدية.

إذ يختلف التعويض عن التعويض عن التأخير، بشقيه التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام والفائدة القانونية، عن الغرامة التهديدية في الأمور التالية:

1- تنظم الغرامة التهديدية ضمن الأحكام الخاصة بالتنفيذ العيني، كونها تمثل وسيلة ضغط على المدين المتعنت ليقوم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، أما التعويض عن التأخير فمجال تنظيمه، الأحكام الخاصة بالتعويض.

2- القاضي ملزم بتسبيب حكمه في التعويض، وغير ملزم بذلك في الغرامة التهديدية.

3- إن تحديد مقدار الغرامة التهديدية مرتبط بما يبديه المدين من تعنت في رفضه للتنفيذ العيني لالتزامه وبمركزه المالي، بينما يرتبط مقدار التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام بالضرر اللاحق بالدائن، أما بالنسبة للفائدة القانونية (فائدة التأخير) فالذي يحدد مقدارها، أمران، أولهما، قيمة الدين المطلوب من المدين أداؤه كونها – أي الفائدة القانونية– تمثل نسبة من أصل الدين، وثانيهما، طول أو قصر المدة التي يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه حيث أنها تحسب سنوياً.

4- يبدأ احتساب الغرامة التهديديه بعد صدور قرار من المحكمة بإلزام المدين بتنفيذ التزامه عيناً، وتمثل وسيلة ضغط عليه للقيام بتنفيذ ما هو مطلوب منه، أما التعويض عن التأخير، بشقيه التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام والفائدة القانونية (فائدة التأخير)، يحسب من قبل صدور من قرار من المحكمة بإلزام المدين بالتعويض وبعد صدوره، ففي حال الفائدة القانونية فإنها تحسب في بعض الديون من تاريخ الاستحقاق ، أو من تاريخ الإنذار (الإخطار)، أو من تاريخ المطالبة القضائية وحتى السداد التام، وقد يتأخر المدين في

الوفاء بالمبلغ المحكوم به عليه (دينه) بعد صدور قرار المحكمة، إذ يحسب في هذه الحالة التعويض عن التأخير قبل صدور قرار المحكمة ويستمر بعد صدور القرار طالما لم يقم المدين (المحكوم عليه) بالوفاء.

5- تمثل الغرامة التهديدية وسيلة ضغط على المدين لإلزامه بتنفيذ الالتزام المطلوب منه تنفيذا عينياً، ومجال تطبيقها الالتزامات التي يطلب من المدين القيام بها بنفسه، أي أن تكون شخصية المدين محل اعتبار، ولا مجال لتطبيقها أو الحكم بها في حال كانت الالتزامات يمكن تنفيذها دون تدخل المدين الشخصي، أما التعويض عن التأخير فيحكم به في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه، أياً كان هذا الالتزام، مع وجود اختلاف بين الأحكام القانونية الخاصة بالتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام، والأحكام الخاصة بالفائدة القانونية (فائدة التأخير)، التي تمثل صورة خاصة للتعويض عن التاخير في تنفيذ نوع خاص من الالتزامات، وهو الالتزام بأداء مبلغ من المال.

6- لا يجوز الحكم بالغرامة التهديدية إذا كان موضوع الالتزام أداء مبلغ من المال، لأن التنفيذ العيني بهذا المبلغ على المدين ممكن دون الحاجة إلى تدخله الشخصي[1]، فلا مجال لاجتماع الغرامة التهديدية مع الفائدة القانونية (فائدة التأخير).

7- إن الحكم بالتعويض عن التأخير هو حكم قطعي لا يخضع لمراجعة من المحكمة التي أصدرته، ماعدا طرق الطعن المقررة قانوناً، بينما يمكن للمحكمة التي أصدرت الحكم بالغرامة التهديدية مراجعته، وذلك بأن تلغيها أو تخفضها أو تحولها إلى تعويض، وبالتالي لا يعتبر الحكم فيها نهائياً، بل هو حكم قابل للتعديل وللمراجعة.

ثانياً: أوجه الشبه ونقاط الالتقاء بين التعويض عن التأخير والغرامة التهديدية.

فرغم أن التعويض عن التأخير يختلف عن الغرامة التهديدية في العديد من المسائل التي ذكرت، إلا أنهما يشتركان في بعض الأمور، وهي:

---

[1] د. أبو السعود، رمضان: **أحكام الالتزام. المرجع السابق.** ص 84.

1- أن كلاً من الغرامة التهديدية والتعويض عن التأخير يرتبطان بموضوع التأخير في تنفيذ المدين لالتزامه، وإن اختلفت الغاية من كل منهما.

2- مع أن الغاية من الغرامة التهديدية هي إجبار المدين على تنفيذ التزامه عيناً وأن مقدارها لا يرتبط بالضرر اللاحق بالدائن نتيجة للتأخير، إلا أن العنت الذي يبديه المدين في رفضه للتنفيذ أو للتأخير فيه، يدخل في حساب مقدار التعويض الذي يقدره القاضي عن التأخير في تنفيذ الالتزام[1]، فالفترة التي تسبق التنفيذ العيني والتي تسبق كذلك الرفض النهائي للتنفيذ الذي يصر عليه المدين، يعوّض المشرّع عنها، وهو تعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه ويكون أحد عناصر هذا التعويض، العنت الذي بدا من المدين.

3- تشترك الغرامة التهديدية والفائدة القانونية باعتبارها صورة خاصة للتعويض عن التأخير، في أنه لا يرتبط مقدار أي منهما بمقدار الضرر الواقع على الدائن، فالغرامة التهديدية يتحدد مقدارها بما يبديه المدين من عنت في رفضه للتنفيذ وللتأخر فيه وبالمركز المالي له، حتى تكون ذات جدوى وقدرة على إرغامه لتنفيذ التزامه، وكذلك الحال بالنسبة للفائدة القانونية ، فالضرر لا يحدد مقدار الفائدة القانونية، كونها تمثل نسبة مئوية من أصل الدين تحتسب سنوياً، فالذي يحدد مقدارها قيمة الدين ومدة التأخير، أم الضرر فهو مفترض غير قابل لإثبات العكس ولا يرتبط وجودها ومقدارها فيه، وهذا يمثل قاعدة عامة بالنسبة للفائدة القانونية لها استثناءان ورد النص عليهما في المادة (229) والمادة (231) من القانون المدني المصري

[1] فقد جاء في المادة (214) من القانون المدني المصري بأنه ((إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعياً في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين)) وتم النص على ذات الحكم في المادة (251) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، وفي الفقرة الثالثة من المادة (236) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

المطلب الثاني: تمييز "التعويض عن التأخير" عن فائدة القرض

فإلى جانب الفائدة القانونية (فائدة التأخير) التي يلتزم المدين بها إذا قصر في الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود في الموعد المحدد له، يوجد نوع آخر من الفوائد يمكن أن تسمى بالفوائد الاستثمارية، يلزم بها المدين في عقد من عقود المعاوضة. وأكثر ما تصادف هذه الفوائد في عقد القرض حيث يتفق الدائن مع المدين على دفع فائدة معينة مقابل الانتفاع بالمبلغ المقترض[1]. وهذا النوع من الفوائد يطلق عليها جانب من الفقه مصطلح الفوائد التعويضية[2]، إلا الفقه الغالب[3] يطلق عليها مصطلح الفوائد الاستثمارية[4].

فعقد القرض من أكثر العقود شيوعاً الذي يتضمن فائدة يلتزم المدين بردها مع أصل الدين، ويعرّف القرض في المادة (538) من القانون المدني المصري، بأنه ((القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر على أن يرد له المقترض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته))، وتعرّف المادة (636) من القانون المدني الأردني القرض بأنه ((القرض تمليك مال أو شيء مثلي لآخر على أن يرد مثله قدراً ونوعاً وصفة إلى المقرض عند نهاية مدة القرض))، أما المادة (754) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، فتعرّف القرض، على أنه ((عقد بمقتضاه يسلم أحد الفريقين إلى الفريق الآخر نقوداً وغيرها من المثليات، بشرط أن يرد إليه المقترض في الأجل المتفق عليه مقداراً يماثلها

---

[1] د. سلطان، أنور: **أحكام الالتزام. مرجع سابق.** ص 81.

[2] د.السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2). نظرية الالتزام بوجه عام- آثار الالتزام. مرجع سابق.** ص 900. وباشا، محمد كامل مرسى: **شرح القانون المدني الجديد (العقود المسماة).** ج2. ط2. مصر: مطبعة لجنة البيان العربي. 1952. ص 350.

[3] د. أبو السعود، رمضان: **أحكام الالتزام (دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني). مرجع السابق.** ص 127.

[4] مع أن الدكتور السنهوري يميز الفائدة القانونية (فائدة التأخير) عن فائدة القرض بقوله: ((تختلف الفوائد التعويضية عن الفوائد التأخيرية، كما قدمنا، في أن الأولى يلتزم بها المدين في مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود ويكون في ذمته للدائن، أما الفوائد التأخيرية فهي ليست إلا تعويضاً عن التأخير في الوفاء بدين هو مبلغ من النقود كما مر القول))، فبما أن الغاية من الفوائد القانونية (فوائد التأخير) حسب قوله هي تعويض الدائن عما لحق به من ضرر بسبب تأخر المدين في الوفاء بدينه، بذلك يكون مسمى الفوائد التعويضية أقرب إلى الفائدة القانونية (فائدة التأخير) كونه يتناسب مع وظيفتها المتمثلة بالتعويض، من فائدة القرض التي ليس لها صلة بموضوع التعويض.

نوعاً وصفة))، وبالاعتماد على ما جاء في نصوص هذه المواد من تعريف لعقد القرض، يتبين بأنه يتسم بالخصائص التالية:

1- أن عقد القرض هو عقد ناقل للملكية، وهذا ما يستشف من التعريف الوارد في المادة (538) من القانون المدني المصري والمادة (636) من القانون المدني الأردني، ولكن ذلك لا يظهر في تعريف المادة (754) من قانون الموجبات والعقود اللبناني فلم تذكر هذه الخاصية لعقد القرض واكتفت بالتركيز على كونه – أي عقد القرض- يلزم الدائن (المقرض) بتسليم المال محل عقد القرض للمدين (المقترض)، فحكم عقد القرض وفقاً للقانون المدني الأردني هو نقل ملكية المال المقترض، أما بالنسبة للقانون المدني المصري فإن نقل الملكية ليس حكماً لعقد القرض وإنما أثراً من آثاره كونها تمثل أحد الالتزامات الملقاة على عاتق الدائن (المقترض).

2- إن محل عقد القرض يكون مبلغاً من النقود أو مالاً مثلياً، وفي الغالب يكون مبلغاً من النقود[1].

3- الأصل في عقد القرض أن يكون عقد تبرع، إلا أنه يجوز الاتفاق على أن يرد المقترض أكثر مما أخذ والفرق يكون فائدة للمقرض. فالفائدة هي عبارة عن الربح الذي يلتزم المقترض بدفعه للمقرض في مقابل الانتفاع بالقرض[2]. فاتفاق الدائن (المقرض) والمدين (المقترض) هو الشرط لاستحقاق هذا النوع من الفوائد. وهذا الاتفاق ذاته يحدد أيضاً سعر هذه الفوائد، على ألاّ يتجاوز الحد الأعلى الذي قرره القانون، وبذلك لا يكون لفائدة القرض أو كما تسمى الفوائد الاستثمارية إلا سعر واحد، هو السعر الاتفاقي، وليس لها سعر قانوني[3]. وقد حدد المشرع المصري الحد الأعلى لهذه الفائدة بنسبة سبعة في المائة من أصل الدين سنوياً، ولا يجوز تجاوز

---

[1] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (5) العقود التي تقع على الملكية (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح)**. ط3. بيروت- لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. 2000. ص 420.

[2] مكيه، محمود عدنان: **مرجع سابق**. ص 17. وباشا، محمد كامل مرسى: **مرجع سابق**. ص 350.

[3] د.السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2). نظرية الالتزام بوجه عام- آثار الالتزام. مرجع سابق**. ص 902.

هذا الحد لا صراحة ولا من خلال تورية الفائدة بمسمى آخر كالعمولة أو غيرها، وهذا نصت عليه المادة (227) من القانون المدني المصري، والتي سبق عرضها في المبحث الأول من هذا الفصل.

واشتراط الفائدة في عقد القرض أمر يجيزه المشرع المصري وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة (542) من القانون المدني المصري، والتي جاء فيها، بأنه ((على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها. فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر))، يفهم من هذه المادة أمران، هما:

أولاً: أن الأصل في عقد القرض أن يكون عقد تبرع، ما لم يتفق الطرفان على الفائدة فيه.

ثانياً: أن اتفاق طرفي عقد القرض يجب أن يحدد أمرين، أولهما وجود الفائدة كمبدأ، وثانيهما مقدارها، لأنه دون توفر هاذين العنصرين معاً لا وجود لفائدة قرض ملزمة، علماً بأن المشرع لم يضع نص قانوني مكمل لسد النقص الموجود في هذا الاتفاق، ففي حال غفل الطرفان عن أي من العنصرين المذكورين لن يتدخل المشرع ليحدد أي منهما.

أما بالنسبة للقانون المدني الأردني فإن صفة التبرع في عقد القرض وضعت في قاعدة قانونية آمرة، لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، حيث نصت المادة (640) منه، بأنه ((إذا اشترط في عقد القرض منفعة زائدة على مقتضى العقد سوى توثيق حق المقرض لغا الشرط وصح العقد)) وهذا النص هو نص عام في مقابل القوانين الخاصة التي تنظم موضوع الفائدة، حيث أن نظام المرابحة العثماني الذي ينظم فائدة الديون لازالت أحكامه مطبقة ومرعية فيما يخص فائدة القرض في الأردن، إضافة إلى قوانين التجارة، لأن المادة (1448) من القانون المدني الأردني اكتفت بإلغاء ما يتعارض مع أحكام القانون المدني من مجلة الأحكام العدلية، فهو إلغاء ضمني للمجلة، أما القوانين الخاصة فلم تلغها المادة المذكورة، بل أكدت على ضرورة مراعاة أحكام تلك القوانين، حيث نصت المادة المذكورة على أنه ((1- يلغى العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلة الأحكام العدلية. 2- عند تطبيق أحكام هذا القانون تراعى أحكام القوانين الخاصة)).

4- أنه عقد ملزم للجانبين، كونه ينشأ التزامات متقابلة في جانب كل من المقرض والمقتــرض، والالتزامات التي ينشئها في جانب المقرض، هي تسليم المال محل عقد القرض للمقتــرض، وضمان الاستحقاق والعيوب. أما الالتزامات التي ينشئها في جانب المقترض فهي أن يــرد المثل عند نهاية القرض وأن يدفع المصروفات والفوائد إن كان قد تم الاتفاق عليها[1].

5- أنه عقد رضائي، يتم بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول.

والأساس في تحديد ماهية العقد المبرم ما بين الطرفين ما إذا كان عقد قرض أم نــوع آخر من العقود، يرجع إلى مضمون العقد لا إلى التسمية التي اتفق طرفا العقد علــى إطلاقهــا عليه، وذلك على قاعدة أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمبــاني[2]، وبالتــالي يعود للمحكمة مسألة تكييف العقد وتحديد طبيعته، فقد جاء في قرار محكمــة التمييــز الأردنيــة (1998/1342)[3] تمييز حقوق.

وقد استثنى المشرع المصري فائدة القرض (الفائدة الاستثمارية) من بعض القيود التي فرضها على الفائدة القانونية (فائدة التأخير)، حيث استثنت المادة (232) مــن القــانون المــدني المصري الديون التي تحكمها القواعد والعادات التجارية من منع تقاضي فوائد مركبة، واســتثنت كذلك المادة نفسها من ذات القانون، الفوائد التجارية من حظر زيادة قيمة الفائدة التي يتقاضــاها الدائن عن قيمة الدين الأصلي.

---

[1] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (5) العقود التي تقع على الملكيــة (الهبــة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح). مرجع سابق.** ص 421-423.

[2] المادة (3) من مجلة الأحكام العدلية.

[3] حيث جاء في **قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1998/1342) تمييز حقوق. تاريخ (1998/10/12) المنشور علــى الصفحة (1930) من العدد (6) في مجلة نقابة المحامين لسنة 1990.** ما يلي: ((إن الاتفاقية المنظمــة بــين المميــز والمميز ضدها لا تتضمن أي إشارة لا من قريب أو بعيد بأن العلاقة بين الطرفين هي عقد استثمار وإنما تضمنت بــأن المميز استلم من المميز ضده مبلغ (1500) دينار مقابل أن يدفع له مبلغ (120) دينار من كل شهر علــى أن لا يطلــب المميزه ضده هذا المبلغ قبل ستة أشهر من تاريخ العقد ويلتزم المميز أن يسدد المبلغ كاملاً في نهاية الستة أشهر ويتجدد العقد تلقائياً بموافقة الطرفين مما يعني أن العلاقة بينهما هي علاقة دائن بمدين وأن المبلغ الذي فرض على المميز بدفعه شهرياً هو عبارة عن فائدة شهرية على المبلغ إلا أنه لا يجوز أن تتجاوز الفائدة الحد القانوني .... وبالتالي يكون توصل محكمة الاسئناف إلى أن الاتفاقية المنظمة بين الطرفين هي عبارة عن عقد استثمار يجعل قرارها مســتجوب الــنقض)) نقلاً عن الموقع الإلكتروني **www.lawjo.net** تاريخ 2011/5/22.

ومع أن المادة الأولى من نظام المرابحة العثماني، وكذلك المادة (167) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني المعدل، قد حددتا سعر الفائدة بنسبة (9%) سنوياً، إلا أن المادة (167) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني المعدل قد راعت ما هو منصوص عليه بشأن الفائدة في القوانين الخاصة ذات العلاقة، ومن هذه القوانين، قانون البنك المركزي الأردني رقم (23) لسنة 1971[1] المعدل بالقانون رقم (37) لسنة 1989[2]، الذي أعطى البنك المركزي صلاحية تحديد الحد الأدنى والأعلى لمعدل الفوائد التي تتقاضاها البنوك المرخصة ومؤسسات الإقراض المتخصصة[3].

فقد نصت الفقرة (أ) من المادة (43) من قانون البنك المركزي الأردني المذكور، على أنه ((للبنك المركزي أن يصدر للبنوك المرخصة ومؤسسات الإقراض المتخصصة باستثناء البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار المنشأ بموجب القانون (13) لسنة 1978 أوامر تنشر في الجريدة الرسمية وبوسائل الإعلان الأخرى يحدد فيها ما يلي: أ- الحد الأدنى والأعلى لمعدلات الفوائد التي تتقاضاها البنوك المرخصة ومؤسسات الإقراض المتخصصة على تسهيلاتها الائتمانية التي تمنحها للعملاء وذلك دون التقيد بأحكام أي تشريع أو نظام آخر يتعلق بالفوائد أو المرابحة)) ومعنى ذلك أن عقد القرض المبرم ما بين البنك والعميل لا يخضع سعر الفائدة فيه لما هو وارد في المادة الأولى من نظام المرابحة، وفي حال زيادتها عن (9%) سنوياً ليس هنالك مجال لتطبيق قانون الربا الفاحش[4]. ولكن وفي الوقت نفسه لم تجز محكمة التمييز

[1] نشر هذا القانون في الصفحة (807)من العدد (230) في الجريدة الرسمية تاريخ 1971/5/25.

[2] نشر هذا القانون في الصفحة (2188) من العدد (3661) في الجريدة الرسمية تاريخ 1989/11/1.

[3] الأعرج، موسى: **مرجع سابق**. ص 21.

[4] وهذا ما جاء في **قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1991/368) تمييز حقوق المنشور في مجلة نقابة المحامين ص (222) لسنة 1991**، بأنه ((لا يرد الإدعاء بالربا الفاحش بعد صدور القانون رقم 19 لسنة 1979 المعدل لقانون البنك المركزي والذي أعطى البنك سلطة إصدار الأوامر التي تحدد الحد الأدنى والأعلى لمعدلات الفوائد دون التقيد بأحكام أي تشريع آخر يحدد مقدار الفوائد)) نقلاً عن **الموقع الإلكتروني** **www.qanoun.net** تاريخ 2011/5/31.

الأردنية للبنوك أن تتقاضى فوائد يتجاوز مقدارها قيمة الدين الأصلي، اعتماداً على ما يصــدره البنك المركزي من تعليمات[1].

بعد دراسة الفائدة المستحقة على الدين في عقد القـرض والتـي تسـمى بالفائـدة الاستثمارية، سيتم من خلال الآتي تحديد أوجه الاتفاق والاختلاف بينها وبـين التعـويض عـن التأخير، والمقصود هنا الفائدة القانونية (فائدة التأخير) بالدرجة الأساس:

أولاً: أوجه الاتفاق بين فائدة القرض (الفائدة الاستثمارية) والفائدة القانونية (فائدة التأخير).

يوجد العديد من أوجه الاتفاق بين نوعي الفائدة (فائدة القرض والفائدة القانونية) تمثـل نقاط التقاء مشتركة بينهما، وهي:

1- يوجد ضوابط مشتركة تطبق على كلا نوعي الفائدة، ومن ذلك أنه لا يجوز أن يتجاوز مقدار الفائدة بشقيها (فائدة التأخير والفائدة الاستثمارية) المتفق عليها في العقد نسـبة السـبعة فـي المائة سنوياً، وفقاً لما نصت عليه المادة (227) من القانون المدني المصري.

2- أن الضرر ليس له تأثير من ناحية وجوده أو عدمه ومن ناحية مقداره بالنسبة لكـلا نـوعي الفائدة، لأن فائدة القرض هي جزء من الالتزامات الواردة في العقد فهي أثر من آثار العقد، واستحقاقها لا يدخل في إطار المسؤولية العقدية وما تتطلبه من شروط لاستحقاق التعـويض فيها، باعتبار أن الضرر أحد تلك الشروط. أما بالنسبة للفائدة القانونية (فائدة التأخير) فهي – كما سبق ذكره في هذا الفصل- تمثل استثناءً على القواعد العامة للمسؤولية العقديـة، فـلا

---

[1] فقد ورد في قرار **محكمة التمييز الأردنية رقم (1997/2273) تاريخ 1998/1/24 المنشور في مجلة نقابة المحـامين ص(1399) عدد (1) لسنة 1998**، ما نصه ((منعت المادة الرابعة من نظام المرابحة العثماني أن تتجاوز فائـدة الـديون رأس مال القرض مهما عليه من السنين ويمتنع على المحاكم أن تحكم بالفائدة التي تتجاوز قيمتها رأس المال، ويعتبر هذا النص من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، ومحل للقول أن تعليمات البنك المركزي تجيز للبنوك اقتضاء فوائد مركبه ولو تجاوزت رأس المال، لأنه لا يجوز للتعلميات التي يصدرها البنك المركزي مخالفة أحكام نظام المرابحة، وعليه وطالما أن المبلغ المدعى به يتضمن فوائد مركبة على حسب الجاري مدين تجاوزت قيمة الفائدة رأس المال فـلا يجـوز الحكم للبنك بمثل هذه الفائدة)) نقلاً عن الموقع الإلكتروني **www.lawjo.net** تاريخ 2011/5/22.

يتحدد مقدارها بمقدار الضرر ولا تتأثر بوجوده أو عدمه على حدٍ سواء، فهو ضررمفترض غير قابلٍ لإثبات العكس.

3- تتحول الفائدة المتفق عليها في عقد القرض عند حلول أجل الدين إلى فائدة قانونية (فائدة تأخير)، بشرط أن يكون قد تم الاتفاق على هذا الأمر، ومعنى ذلك أنه عندما يصبح الدين المتفق عليه في عقد القرض بفائدة حال الأداء ولم يقم المدين بالوفاء به، عندئذ يبدأ احتساب الفائدة القانونية (فائدة التأخير) من تاريخ استحقاق الدين على أساس نسبة الفائدة المتفق عليها[1].

4- يتحدد مقدار الفائدة القانونية (فائدة التأخير) بعنصرين، هما، العنصر الأول، أصل الدين الذي يتأخر المدين بالوفاء به، كونها تمثل نسبة مئوية من أصل الدين تختلف من قانون لآخر ومن دين لآخر في بعض القوانين، أما العنصر الثاني، فهو المدة الزمنية التي يتأخر فيها المدين عن الوفاء بدينه، فكلما طالت هذه المدة كلما زاد مقدار الفائدة القانونية، وكذلك الحال بالنسبة لفائدة القرض، فإن مقدارها يتحدد بقيمة الدين محل عقد القرض فهي نسبة مئوية من أصل الدين يلتزم المدين (المقترض) بردها للدائن مع قيمة الدين الأصلي عند حلول أجل الدين، أما الأمر الثاني الذي يحدد مقدار فائدة القرض، فهو المدة المتفق عليها بين الدائن (المقرض) والمدين (المقترض) والتي بانتهائها يحل أجل الدين، فطول أو قصر هذه المدة يؤثر في مقدار فائدة القرض زيادة أو نقصاناً[2].

ثانياً: أوجه الاختلاف بين فائدة القرض (الفائدة الاستثمارية) والفائدة القانونية (فائدة التأخير).

نظراً لاختلاف الإطار القانوني الناظم لكلا نوعي الفائدة والغاية من كل منهما، لذلك يوجد العديد من أوجه الاختلاف بينهما، وهي:

[1] قزمان، منير: **التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء**. دون ط. الإسكندرية- مصر: دار الفكر الجامعي. 2006. ص 113.

[2] د. سعد، نبيل إبراهيم، **مرجع سابق**. ص 81.

1- إن التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام والفائدة القانونية هو أثر لإخـــلال المدين في تنفيذ التزامه، بمعنى أن التعويض عن التأخير يستحق في حال تأخر المـــدين في تنفيذ التزامه، والذي يحكمه القواعد العامة للمســؤولية العقديـــة والاســـتثناء عليهـــا الخاص بالفائدة القانونية، أما بالنسبة لفائدة القرض فهي احد الالتزامات المترتبة بموجب عقد القرض، بمعنى أنها أثر من آثار عقد القرض.

2- تختلف فائدة القرض عن الفائدة القانونية (فائدة التأخير)، في أن الأولى دائماً اتفاقية، أما الثانية فقد تكون قانونية وقد تكون اتفاقية، إذا تم النص عليها في العقد، وفي حال سكوت طرفي العقد عن تنظيمها يتولى المشرع تحديدها، وبالتالي تكون الفائدة القانونية (فائـــدة التأخير) فائدة قانونية واتفاقية[1].

3- يمكن للدائن (المقرض) مطالبة المدين (المقترض) بفائدة القرض عند حلول أجل الدين، أو عند حلول أجلها – أي الفائدة- ، أما بالنسبة للفائدة القانونية (فائـــدة التـــأخير) فيـــتم المطالبة بها بعد أن يتأخر المدين في الوفاء بدينه.

4- يبدأ احتساب الفائدة القانونية (فائدة التأخير) بمواعيد متخلفة حسبما تم النص عليها فـــي القوانين التي نظمتها، فهنالك ديون يبدأ احتساب الفائدة القانونية فيها من تاريخ استحقاق الدين، وهنالك ديون أخرى من تاريخ الإنذار (الإخطار) أو المطالبة القضائية، ويســـتمر احتسابها حتى سداد قيمة الدين، أما بالنسبة لفائدة القرض فيبدأ احتسابها من اليوم الـــذي يستلم فيه المقترض مبلغ القرض، وليس قبل ذلك، حتى لو انقضت مدة بين تمـــام عقـــد القرض وتسلم المبلغ المقترض، لم يجب على المقترض أن يدفع الفوائد عن هذه المدة[2].

5- وجدت الفائدة القانونية (فائدة التأخير) من أجل تعويض الدائن عما لحق به مـــن ضـــر نتيجة لتأخر المدين في الوفاء بدينه عن الموعد المتفق عليه، مع أنهـــا غيـــر مرتبطـــة

---

[1] د. سلطان، أنور: **أحكام الالتزام. مرجع سابق.** ص 81-82.

[2] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (5) العقود التي تقع على الملكية (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح). مرجع سابق.** ص 465.

بالضرر وجوداً وعدماً ومقداراً، كون الضرر فيها مفترض وغير قابل لإثبات العكس، ومع ذلك فيها تقابل ذلك الضرر المفترض في جانب الدائن، بينما فائدة القرض لا صلة لها بفكرة التعويض. فهي تمثل في الواقع مقابلاً يرتضي المدين مقدماً أن يدفعه للدائن نظير انتفاعه خلال أجل معين بمبلغ من النقود[1]، لذلك فإن تسميتها بالفوائد التعويضية لا ينسجم مع وظيفتها والغاية منها.

بذلك يتبين أن الفائدة القانونية (فائدة التأخير) تمثل نظاماً قانونياً مختلفاً عن فائدة القرض، وإن اشتركت معها في بعض الجوانب القانونية.

المطلب الثالث: تمييز "التعويض عن التأخير" عن التعويض الاتفاقي

ينصب اهتمام المتعاقدين عند إبرام العقد بالعادة على تنفيذ كل طرف منهما للالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد، ولأن عملية التنفيذ غير مضمونة، حيث أنه قد يتخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه كلاً أو جزءاً، لهذا أتاح القانون للمتعاقدين الاتفاق مقدماً على تحديد مقدار التعويض الذي يستحقه أحدهما في حال أخل الطرف الآخر بالتزامه، وهذا أطلق عليه الفقه اسم الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي.

ويستعمل للدلالة على هذا النوع من التعويض مصطلحين مختلفين هما التعويض الاتفاقي والشرط الجزائي، فمن سماه بالتعويض الاتفاقي نظر إلى طبيعته التعويضية التي بها يرفع ما وقع على الدائن من ضرر، فأطلقوا عليه التعويض الاتفاقي، لكي يوضحوا الدور والوظيفة المحددة له، وأما اصطلاح الشرط الجزائي فقد اختارها القضاء والفقه القانوني، فهي تشير إلى كل شرط مضاف إلى العقد، أي مقترن به، من جانب واحد، وتشمل في الوقت ذاته توقع الحادث الذي يؤدي إلى توقع العقوبة أو الجزاء[2].

---

[1] د. الفار، عبد القادر: **أحكام الالتزام. مرجع سابق.** ص 76.

[2] د. الحموي، أسامة: **الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله.** ط 1. دمشق – سوريا: مطبعة الزرعي. 1997. ص 53.

وقد أخذ المشرعان الأردني والمصري[1] بهذا النوع من التعويض، واستعمال المشرع المصري مصطلح التعويض الاتفاقي في المادة (224) من القانون المدني المصري، أم المشرع الأردني فقد استعمل للدلالة عليه مصطلح الضمان المتفق عليه في العقد، حيث نصت الفقرة (1) من المادة (364) من القانون المدني الأردني، على أنه ((1- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون)) ، وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني المصري حيث نصت المادة (223) منه على أنه ((يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد 215، 220)) .

ولتحديد المصطلح الأنسب لهذا النوع من التعويض، ما إذا كان الشرط الجزائي أم التعويض الاتفاقي، يذكر الدكتور السنهوري بعض الصور للشرط الجزائي: ((الأمثلة على الشرط الجزائي كثيرة متنوعة، فشروط المقاولة قد تتضمن شرطاً جزائياً يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر المقاول عن تسليم العمل المعهود إليه إنجازه. ولائحة المصنع قد تتضمن شروطاً جزائية تقضي بحسم مبالغ معينة من أجر العامل جزاء له على الإخلال بالتزاماته المختلفة.... واشتراط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين في دفع قسط منها هو شرط جزائي ولكن من نوع مختلف، إذ هو هنا ليس مقداراً معيناً من النقود قدر به التعويض، بل هو تعجيل أقساط مؤجلة))[2]. بذلك يتبين بأن للشرط الجزائي صور وحالات عديدة، قد تكون أحداها، التعويض الاتفاقي، لذلك فإن مصطلح الشرط الجزائي مصطلح ذو معنى واسع يشمل التعويض الاتفاقي وغيره من صور هذا النوع من الشروط، ولذلك فإن استعمل مصطلح التعويض الاتفاقي للدلالة على هذا النوع من التعويض أكثر دقة من مصطلح الشرط الجزائي.

---

[1] وكذلك الحال بالنسبة للمادة (240) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي جاء فيها، أنه ((يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً مقدار التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، مع مراعاة أحكام القانون)).

[2] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2). نظرية الالتزام بوجه عام- آثار الالتزام. مرجع سابق.** ص 852.

وبما أن الفقه يستعمل مصطلح الشرط الجزائي للدلالة على التعويض الاتفاقي، لذلك وعند البحث عن مفهوم التعويض الاتفاقي[1] يتبين بأنه موجود تحت اسم الشرط الجزائي، ومن هذه التعريفات الواردة في كتب الفقه، أن التعويض الاتفاقي هو الاتفاق مقدماً، أي سواء عند إبرام العقد أو في اتفاق لاحق قبل وقوع الضرر على قيمة التعويض التي تستحق للدائن عند إخلال المدين بالتزام من التزاماته العقدية[2]. فرغم أن الفقه استعمل مصطلح الشرط الجزائي إلا أنه أنصب اهتمامه في تعريفه على الوظيفة المقصودة منه وهي تحديد مقدار التعويض، وبذلك يكون من الأنسب استعمال مصطلح التعويض الاتفاقي.

ويكيف التعويض الاتفاقي من الناحية القانونية على أنه التزام تبعي، بما أنه لا وجود للتعويض الاتفاقي لولا وجود العقد الذي ورد فيه أو جاء لاحقاً له[3]، ويترتب على كونه التزام تبعي أن بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلانه والعكس ليس صحيحاً[4]، ومثال ذلك لو اتفق مقاول مع صاحب البيت على أن يقوم المقاول ببناء البيت خلال مدة شهر مثلاً من تاريخ التوقيع على العقد، وفي حال تأخر في إنجاز العمل فإنه يكون ملتزماً بدفع مبلغ مائة دينار عن كل يوم تأخير، فإذا حكم ببطلان العقد لأي سبب كان فإن التعويض المتفق عليه يكون كذلك باطلاً ولا مجال للمطالبة فيه حتى ولو تحقق سببه وهو التأخير من جانب المقاول، كما أن التعويض الاتفاقي ليس التزاماً بديلا للتنفيذ العيني، فالمدين لا يستطيع التمسك بدفع قيمة التعويض الاتفاقي باعتباره بديلاً عن التنفيذ العيني للالتزام[5].

---

[1] للمزيد حول مفهوم التعويض الاتفاقي أنظر: أبو ليلي، طارق محمد مطلق: **التعويض الاتفاقي في القانون المدني**. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس . فلسطين.2007. ص 8.

[2] د. الأهواني، **حسام الدين كامل: مرجع سابق**. ص 76.

[3] د. الفضل، منذر، **النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني (أحكام الالتزام)**. ج2. ط1. عمان- الأردن: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1995. ص 78.

[4] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2) نظرية الالتزام بوجه عام .الإثبات- آثار الالتزام. مرجع سابق**. ص 862. وأبو ليلى، طارق محمد مطلق: **مرجع سابق**. ص 19-22.

[5] فقد جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (86/575 ص 1990 سنة 1989) ما نصه ((إن الشرط الذي يرتب على الطرف المخل بالاتفاقية تعويضاً اتفاقياً لا يمنع المدعي من طلب التنفيذ العيني لقعد البيع ما دام أن التنفيذ العيني ممكناً)) نقلاً عن: خلاد، محمد: **الاجتهاد القضائي (المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية من بداية سنة 1986 حتى نهاية سنة 1991)**. ج2. ط1. عمان- الأردن: وكالة التوزيع الأردنية. 1993. ص 713.

وحتى يستحق التعويض الاتفاقي لا بد من توفر شروط استحقاقه، وهي الخطأ العقدي (عدم تنفيذ الالتزام أو تنفيذه تنفيذاً معيباً أو التأخر فيه)، والضرر وعلاقة السببية والإعذار، وهي ذات الشروط الواجب توفرها لاستحقاق التعويض في إطار المسؤولية العقدية، والتي سبق دراستها في المبحث الأول من الفصل الأول من هذه الرسالة، ولكن هنالك خصوصية للتعويض الاتفاقي فيما يخص الضرر، باعتباره أحد شروط استحقاق هذا النوع من التعويض. إذ أن الأصل في إثبات الضرر في المسؤولية العقدية أن من يدعي أنه لحق به ضرر، فعليه إثباته، والمقصود هنا الدائن، ولكن مع وجود التعويض الاتفاقي فإن عبء إثبات الضرر ينتقل من الدائن إلى المدين، لأنه يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين، لذلك يفترض وقوعه ولا يكلف الدائن إثباته، وعلى المدين إذا أدعى أن الدائن لم يلحقه ضرر أن يثبت ذلك[1]. وهذا ما يستفاد بمفهوم المخالفة لنص الفقرة (1) من المادة (224) من القانون المدني المصري، والتي جاء فيها بأنه ((1- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر)).

ومع أن القانون أعطى لإرادة طرفي العقد القدرة على تحديد مقدار التعويض، إلا أنه مع ذلك لم يجعل مثل هذا الاتفاق محصناً وبعيداً عن سلطة القاضي في تعديله، لذلك فإن التعويض الاتفاقي يقوم على فكرتين متعارضتين هما، احترام مبدأ سلطان الإرادة المتمثل باتفاق طرفي العقد تطبيقاً لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، والفكرة الثانية، أن الغاية من التعويض الاتفاقي هي تحديد مقدار التعويض للضرر الذي يمكن أن يلحق بالدائن في حال أخل المدين بالتزامه[2]، فإذا كان التعويض المتفق عليه سلفاً مساوٍ للضرر الواقع عندئذ يبقى التعويض الاتفاقي بعيداً عن سلطة القاضي في تعديله، وهذا ما يستفاد بمفهوم المخالفة لنص الفقرة (2) من المادة (364) من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها ((2- ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك)) فإذا كان التعويض المتفق عليه يزيد أو يقل عن مقدار

---

[1] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2) نظرية الالتزام بوجه عام .الإثبات- آثار الالتزام. مرجع سابق**. ص 858.

[2] د. سعد، نبيل إبراهيم، **مرجع سابق**. ص (71).

الضرر الواقع يمكن عندئذ لصاحب المصلحة وهو الدائن في حال كون التعويض المتفق عليـه أقل من الضرر والمدين في حال الزيادة، أن يطلب من المحكمة المختصـة تعـديل التعـويض الاتفاقي بما يجعله مساويا للضرر، ويبقى ذلك محكوماً بما لدى المدعي من بينات تثبت صح ما يدعيه ويطلبه، وفي حال عجزه عن تقديم ما يثبت إدعاءه يتوجب على المحكمة احتـرام إرادة طرفي العقد وإبقاء التعويض الاتفاقي على حاله[1].

أما القانون المدني المصري فقد أعطى القاضي سلطة تعـديل التعـويض الاتفـاقي بتخفيضه في حال زيادة مقداره عن الضرر الواقع وفقاً لما نصت عليه الفقرة (2) مـن المـادة (224) في حالتين هما:

1- إذا كان التعويض مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، والذي يحدد ذلك مقـدار الضـرر اللاحـق بالدائن والتعويض المتفق عليه، وتقدير المبالغة يرجع للمحكمة المختصة.

2- إذا نفذ المدين جزء من الالتزام الأصلي، فيكون القاضـي قـد احتـرم إرادة المتعاقـدين بتخفيضه لقيمة التعويض الاتفاقي، ويعتبر المبلغ المقدر (مبلغ التعـويض الاتفـاقي) هـو أساس التخفيض، فيخفض إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ من الالتـزام، ويقع عبء الإثبات في هذه الحالة على المدين[2].

---

[1] أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (87/391) صفحة 234 سنة 1990 والذي ورد فيـه ((إن المـادة 364 مـن القانون المدني قد أجازت للمحكمة وفي جميع الأحوال بناء على طلب الفريقين أن تعدل في الاتفاق على الشرط الجزائـي بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، وبناء عليه فإن صلاحية المحكمة في تخفيض التعويض المقدر بالشرط الجزائـي بنـاء على طلب الملتزم أو زيادة التعويض بناء على طلب الفريق الآخر ليست مطلقة وإنما لها قواعد مقـررة وهـي أن يقـدم طالب تعديل التعويض دليلاً قانونياً يثبت مدعاة فإن هو تخلف عن ذلك فعليه تبعة تقصيره إذ لا تحكم المحكمة حسب طلب الفريقين المجرد وبالتالي إذا لم يقدم طالب تعديل التعويض دليلاً قانونياً يثبت ما أدعاه فيلتزم بالتعويض المقـدر بالشـرط الجزائي المبين في العقد)) نقلاً عن أبو رحمة، إبراهيم: **المبادئ القانونية لمحكمة التمييز**. ج9. القسـم الثـاني (د-ي) . دون ط. دون بلد نش ودار نشر. دون سنة نشر. ص (908).

[2] د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2). نظرية الالتزام بوجه عـام الإثبـات- آثار الالتزام. مرجع سابق**. ص 870.

ولكن المشرع المصري لم يعطِ للقاضي سلطة زيادة مقدار التعويض في حال كونه أقل من الضرر الواقع إلا إذا أرتكب المدين غشاً أو خطئاً جسيماً[1]، حيث نصت المادة (225) على أنه ((إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد أرتكب غشاً أو خطأ جسيماً)).

ويتفق التعويض الاتفاقي مع التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام والفائدة الفائدة القانونية (فائدة التأخير) في بعض الجوانب القانونية، ويختلفان في جوانب أخرى، ومن خلال الآتي سيتم تحديد جوانب الاتفاق والاختلاف بينهما:

أولاً: أوجه الاتفاق بين التعويض عن التأخير والتعويض الاتفاقي.

يجمع التعويض عن التأخير و التعويض الاتفاقي بعض الجوانب القانونية المشتركة، هي:

1- يشترك التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام باستثناء الفائدة القانونية، والتعويض الاتفاقي في الشروط الواجب توفرها لاستحقاق التعويض، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية والإعذار.

2- يصلح التعويض الاتفاقي أن يكون طريقة من طرق تقدير التعويض عن التأخير بشقيه، التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام والفائدة القانونية (فائدة التأخير)، إذ يمكن لأطراف العقد أن يحددوا مقدماً مقدار التعويض المستحق في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وقد يكون ذلك التعويض مقدراً بمبلغ إجمالي أو بمبلغ تتحدد قيمته عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أية مدة زمنية أخرى يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه، وكذلك الحالة بالنسبة للفائدة القانونية (فائدة التأخير)، إذ أعطى المشرع المصري لإرادة

---

[1] وكذلك الحال بالنسبة لمشروع القانون المدني الفلسطيني الذي لم يعطِ للمحكمة صلاحية زيادة مقدار التعويض في حال جاوز الضرر مقدار التعويض الاتفاقي إلا في حالة غش المدين أو خطأه الجسيم، حيث تنص المادة (241) منه، على أنه ((1- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر. 2- يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. 3- إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد أرتكب غشاً أو خطأً جسيماً. 4- وقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرات السابقة)).

طرفي العقد صلاحية تحديد مقدار الفائدة القانونية في حال تأخر المدين الملتـزم بـأداء مبلغ من المال عن الموعد المتفق عليه، ولكن بشرط ألا يتجاوز مقدار الفائـدة المتفـق عليها الحد الأعلى المقرر قانوناً وهي سبعة في المائة سنوياً، وذلك وفقاً لما نصت عليه الفقرة (1) من المادة (227) من القانون المدني المصري، وهذا ما يستفاد أيضاً بمفهـوم المخالفة لنص الفقرة (4) من المادة (167) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني المعدل ، والتي جاء فيها: (4-مع مراعاة ما ورد في أي قانون خاص، تحسـب الفائـدة القانونية بنسبة (9%) سنويا، ولا يجوز الاتفاق على تجاوز هذه النسبة)).

3- يشترك التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام باسـتثناء الفائـدة القانونيـة، والتعويض الاتفاقي في القواعد والأحكام العامة التي يتحدد بناء عليها مقدار التعـويض، والذي يتحدد مقداره بمقدار الضرر اللاحق والكسب الفائت، وهذه العناصر، هي عناصر تقدير التعويض والتي اختلفت بشأنها القوانين، ومثال ذلك أن القانون المـدني الأردنـي يعوّض عن الضرر الواقع فعلاً دون الكسب الفائت، أمـا القـانون المـدني المصـري فيعوض عن الضرر الواقع والكسب الفائت.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين التعويض عن التأخير والتعويض الاتفاقي.

فإلى جانب المسائل المشتركة بين التعويض عن التأخير والتعويض الاتفاقي، فإن هنالك مسائل يختلفان فيها، وهي:

1- يعتبر التعويض الاتفاقي طريقة لتقدير التعويض المستحق في إطار المسؤولية العقديـة، أما التعويض عن التأخير فهو ليس طريقة من طرق تقدير التعويض وإنمـا هـو أحـد الحالات التي يستحق فيها التعويض ويتحدد مقداره من خلال أما التعويض القضـائي أو الاتفاقي أو القانوني (الفائدة القانونية أو ما تسمى بفائدة التأخير).

2- مع أن الضرر في حال الفائدة القانونية (فائدة التأخير) وفي حال التعويض الاتفاقي، هو ضرر مفترض، ومع أن هذا يمثل حكماً مشتركاً بينهما، إلا أن الضرر المفتـرض فـي

حال الفائدة القانونية غير قابل لإثبات العكس، بمعنى أن المدين لا يمكنــه نفــي وقــوع الضرر في جانب الدائن، أما الضرر المفترض في حال التعويض الاتفاقي فهو ضـــرر قابل لإثبات العكس، بمعنى أن بإمكان المدين نفي وقوعه.

3- للقاضي السلطة التقديرية في تعديل التعويض الاتفاقي زيادة وتخفيضـــاً، مـــع اخـــتلاف ضوابط هذه السلطة من قانون لآخر، فبإمكانه زيادة قيمة التعويض الاتفاقي إذا كان أقل من الضرر الواقع في جانب الدائن بناء على طلبه، وله سلطة تخفيض مقدار التعــويض الاتفاقي إذا كان أكثر من مقدار الضرر بناء طلب المدين، أما في حالة الفائدة القانونيـــة (فائدة التأخير) باعتبارها صورة خاصة للتعويض عن التأخير، فلا يملك القاضي، كقاعدة عامة، أي سلطة تقديرية في زيادة أو تخفيض التعويض المقرر في الفائدة القانونية، كونه تعويض مقرر بنص القانون، مع الأخذ بعين الاعتبار الاستثناءات التي ورد النص عليها في المادة (229) والمادة (231) من القانون المدني المصري.

4- يتوجب على الدائن في حال التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام أن يثبــت الضرر اللاحق به حتى يستطيع إلزام المدين بالتعويض، بينما في حال التعويض الاتفاقي فإن عبء الإثبات ينتقل من الدائن إلى المدين، لأن الضرر مفترض وعلـــى المـــدين إذا أراد أن يثبت أن الدائن لم يلحق به ضرر نتيجة لإخلاله – أي المدين– في تنفيذ التزامه.

5- يتحدد مقدار التعويض الاتفاقي سلفاً ولكن يتوجب أن يكون مساوياً للضرر (وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني) ومتناسباً مع الضرر (وفقاً لأحكام القانون المـــدني المصـــري) اللاحق بالدائن، وفي حال عدم توفر ذلك فإن من حق القاضي تعديله بناء علـــى طلـــب صاحب المصلحة، بينما بالنسبة للفائدة القانونية (فائدة التأخير) فإن التعــويض المقـــرر بنص القانون فيها غير مرتبط بالضرر وجوداً وعدماً ومقداراً.

6- إن التعويض الاتفاقي يحدد مقدار التعويض المستحق في حال أخل أحد طرفي العقد بأي من الالتزامات الملقاة على عاتقه، وبالتالي لا يصلح تعويضـــاً فـــي حـــال المســـؤولية التقصيرية، أما الفائدة القانونية باعتباره صورة خاصة للتعويض عن التأخير فتستحق في

حال تأخر أحد طرفي العقد في تنفيذ التزامه العقدي، وتستحق كذلك إذا تأخر المحكـــوم عليه عن دفع قيمة المبلغ المحكوم به، حتى لو كان أصل هذا المبلغ تعويض عـــن فعـــل ضار.

الخاتمة

من خلال ما تم دراسته من أحكام تتعلق بالتعويض الذي يستحقه الدائن في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه، واعتماداً على المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وذلك بالوقوف عند النصوص القانونية ذات العلاقة بهذا النوع من التعويض وتحليلها بالاستعانة بالمراجع الفقهية، وبمقارنتها مع غيرها من نصوص قانونية، توصل الباحث إلى العديد من النتائج المرتبطة بهذا الموضوع، وهي:

1- إن تأخر المدين في تنفيذ التزامه, يمكن وضعه في موضعين ضمن الأحكام الخاصة بالتعويض في إطار المسؤولية العقدية، فالموضع الأول له، أنه يمثل أحد صور الخطأ العقدي، والموضع الثاني، أنه يصنف ضمن حالات استحقاق التعويض.

2- لم يرد في مجلة الأحكام العدلية تنظيم للأحكام الخاصة بالمسؤولية العقدية كما هو الحال بالنسبة للقانونين المدني الأردني والمصري، وغيرهما من القوانين المدنية المقارنة، لذلك جاءت نصوصها خالية من تلك الأحكام وبالتالي فإن التعويض المستحق في حال إخلال المدين في تنفيذ التزامه، تتحدد أحكامه حسب كل حالة على حدى. ولكن يمكن القول بأن مجلة الأحكام العدلية تفرق بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، مع أنها لم تستعمل هذين المصطلحين، ويستدل على ذلك من كونها تفرق بين الالتزام الذي لا يطلب من المدين فيه تحقيق نتيجة، وإنما يطلب منه القيام بواجبه، كالتزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة، وبين الالتزام الذي يطلب من صاحبه تحقيق نتيجة معينة، كالتزام البائع بتسليم العين المباعة.

3- أن الآراء الفقهية المعاصرة حول موضوع التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام، أنصب اهتمام أصحابها حول علاقة المديونية القائمة بين البنوك الإسلامية وعملائها، وعلى الضرر الذي يمكن أن يلحق بالبنك في حال تأخر العميل في الوفاء بدينه عن الموعد المتفق عليه، ولم تعالج تلك الآراء ولم تتطرق لعلاقة المديونية القائمة ما بين شخصين طبيعيين ليس البنك طرفاً فيها، كما أن جوهر الخلاف القائم بين الفقهاء

المعاصرين حول موضوع التعويض عن التأخير، أو ما يسمى بتعويض ضرر المماطلة، يتمثل بمدى الارتباط والعلاقة القائمة بين هذا النوع من التعويض والربا (الفائدة)، مع أن التعويض عن التأخير ضمن الضوابط التي وضعها من قالوا بجوازه تجعله متميزا عن الربا ومختلفاً عنه.

4- يعتبر موقف المشرع الأردني القاضي برفض الأخذ بالتعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، ضمن النصوص القانونية الواردة في القانون المدني الأردني، موقفاً متناقضاً، فمن جهة، برر رفضه للأخذ بهذا النوع من التعويض على أساس كونه شبيه بالربا، دون أن يميز بين التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام والذي يتولى أمر تقديره القاضي بالاعتماد على ما يلحق الدائن من ضرر، وبين الفائدة القانونية التي يقدرها القانون، والتي يؤدي الحكم بها في حال عدم وقوع الضرر في جانب الدائن، إلى إعطائه – أي الدائن– تعويضاً دون وجود سبب لاستحقاقه ، ومن جهة ثانية، وإلى جانب هذا الموقف الذي ظهر في القانون المدني الأردني، قام المشرع الأردني بتنظيم الفائدة القانونية (فائدة التأخير) في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني المعدل، وأطلق الحرية للبنك المركزي الأردني ليحدد فوائد القروض دون أن يلتزم بالضوابط الواردة في نظام المرابحة العثماني، فموقفه يتسم بالتشدد غير المبرر في القانون المدني الأردني، وبالتنظيم غير المنضبط في القوانين الخاصة.

5- يمتاز موقف المشرع الكويتي بأنه أفضل المواقف التشريعية العربية التي كانت محلاً للمقارنة في هذه الرسالة، في تنظيمه للأحكام الخاصة بالتعويض عن التأخير، عندما أعطى للقضاء صلاحية تقدير التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه بشقيه، التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام والتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بأداء مبلغ من المال، وذلك في المادتين (293 و 306) من القانون المدني الكويتي، وكونه قد اشترط لاستحقاق التعويض عن التأخير في أداء مبلغ من المال أن يكون المدين موسراً ومماطلاً، وأن يلحق بالدائن ضرر، ولكن يؤخذ عليه أمران، أولهما، أنه أعطى

للمحكمة سلطة تقدير التعويض من عدمه (سلطة جوازية)، وثانيها، أنه حصر التعــويض بالضرر غير المألوف دون سواه.

6- إن افتراض الضرر باعتباره أحد شروط استحقاق التعويض عن التأخير في أداء مبلغ من المال، افتراضاً غير قابل لإثبات العكس، يمثل خروجاً عن القواعــد العامــة للمســؤولية العقدية، التي تشترط لاستحقاق التعويض وقوع الضرر وإثباته، وأن ما قيل في تبرير ذلك من يتعامل مع الاحتمالات على أنها حقائق، فإذا تأخر المدين في الوفاء بدينه قــد يلحــق بالدائن ضرر وقد لا يلحق، فهذا أمر احتمالي، ويجعل التعويض فــي الحــالات التــي لا يصيب فيها الدائن ضرر أو يصيبه ضرر أقل من الفائدة القانونية، قد أثرى بــلا ســبب، وفي حال زيادة الضرر عن قيمة التعويض، فإن الدائن في هذه الحالة لا يحصــل علــى التعويض الذي يستحقه.

7- إن الأنظمة القانونية المعمول بها في فلسطين (الضفة الغربية) وعلى وجه التحديد، نظــام المرابحة العثماني جاءت نصوصه خالية من أي إشارة أو تحديد لنقطة البداية للمدة التــي تحتسب فيها الفائدة القانونية، وأن قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم (2006/156 نقض مدني) الذي رفض التعامل مع الأمر العسكري رقم (980) يمثل التطبيق الصحيح للقانون الدولي، كما أن الحكم بالفائدة القانونية من تاريخ المطالبة القضائية بها في حــال التــأخر بالوفاء في الديون المدنية بغير عملة الشيقل، هو عرف قضائي فلسطيني ليس لــه ســند قانوني.

8- يوجد العديد من الفروق بين التعويض عن التأخير، وبين كل من الغرامة التهديدية وفائدة القرض والتعويض الاتفاقي.

التوصيات

بالاعتماد على ما توصل إليه الباحث من نتائج، فإنه يوصي بالآتي:

1- يتمنى الباحث على المشرع الفلسطيني أن ينظم الأحكام القانونية الخاصة بالتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بالطريقة الواردة في القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980 بعد تعديل نص المادة (306) منه ليصبح التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه بأداء مبلغ من المال شاملاً لكل ضرر يلحق بالدائن وأن لا يكون ضمن السلطة الجوازية للمحكمة، أي أن يأخذ المشرع الفلسطيني بالنص الآتي: ((إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ولم يقم المدين بالوفاء به بعد إعذاره، مع قدرته على الوفاء، وأثبت الدائن أنه قد لحقه بسبب ذلك ضرر، حكمت المحكمة على المدين بتعويض يتناسب والضرر الواقع)).

2- كما يتمنى الباحث على المشرع الفلسطيني أن يلغي جميع الأوامر العسكرية كونها جاءت لتحقق مصالح المحتل، ومن ذلك الأمر العسكري رقم (980) الذي رفضت محكمة النقض الفلسطينية التعاطي معه في قرارها رقم (2006/156 نقض مدني).

3- يتمنى الباحث على المشرعين العرب الذي أخذوا بالفائدة القانونية في قوانينهم، أن يلغوه، لأنه نظام قانوني لا يمت للعدالة بصلة، فقد لا يلحق بالدائن ضرر في حال تأخر المدين بأداء دينه ورغم ذلك وفي ظل وجود الفائدة القانونية سيعوض، فيكون قد أثرى بلا سبب على حساب المدين، كما أنه قد يلحق بالدائن ضرر تفوق قيمته الفائدة القانونية، وقد يحدث ضرر أقل من الفائدة، لذلك من الأفضل أن يلغى هذا النظام ويستعاض عنه بالمادة (306) من القانون المدني الكويتي بعد تعديلها.

4- يوصي الباحث بإلغاء نص المادة (360) من القانون المدني الأردني، كونها تمثل نصاً قانونياً مجتزأً من نظام قانوني كامل لم يأخذ به المشرع الأردني، وهو الغرامة التهديدية، ولأن وجودها يتناقض مع المادة (363) من القانون المذكور، لأن العنت الذي يبديه المدين في رفضه لتنفيذ التزامه لا يعتبر أحد عناصر تقدير التعويض وفقاً للمادة (363)، كما أن

النص على الغرامة التهديدية في المادة (961) من ذات القانون ، يجعلها دون أساس قانوني، لذلك من الأفضل تعديلها بدمج الفقرة الأولى مع الفقرة الثانية، بحيث يستثنى منهـــا الحكـــم بالغرامة التهديدية، ويقترح أن يكون نصها على النحو الآتي: ((الكفالة بالنفس تلزم الكفيـــل بإحضار المكفول عند طلب المكفول له فإن لم يفعل حكم عليه بأداء المبلغ الذي تعهد بأدائـــه وللمحكمة أن تعفيه منه كله أو بعضه إذا تبين لها ما يبرر ذلك)).

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

القرآن الكريم.

معاجم وقواميس اللغة العربية

- المعجم الوسيط. ج2. مصر. 1961.
- معجم لسان العرب.م7. بيروت – لبنان: دار صادر.

القوانين

- الأمر العسكري رقم (980) بشأن الحكم بالفائدة والارتباط. الصادر بتاريخ 12 نيسان 1982.
- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976. المنشور في الصفحة (2) من العدد (2645) من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1976/8/1.
- القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980.
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948. المنشور في العدد (108) مكرر (1) من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 29/يوليه/1948.
- القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002. الصادر بتاريخ 2002/4/10 الموفق 27 محرم 1423 هجري.
- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988 المعدل بالقانون رقم (16) لسنة (2006). المنشور في الصفحة (752) من العدد (4751) من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2006/3/16.

- قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005. المنشور في الصفحة (5) من العدد رقم (62) في مجلة الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2006/3/25.
- قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966. المنشور في الصفحة (472) مـن العـدد (1910) في الجريدة الرسمية بتاريخ (1966/3/30)
- قانون الربا الفاحش رقم (20) لسنة 1934.
- قانون العمل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2000. المنشور في العدد (39) في مجلة الوقـائع الفلسطينية الصادرة بتاريخ (2000/11/25)
- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 المعدل بالقانون الاتحادي رقـم (1) لسنة 1987.
- قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في آذار سنة 1932.
- مجلة الأحكام العدلية.
- مشروع القانون المدني الفلسطيني.
- نظام المرابحة العثماني الصادر بتاريخ 9 رجب 1304 هـ

ثانياً: المراجع

كتب الفقه الإسلامي:

- الأحمد، محمد سليمان: **المدخل لدراسة الضمان (دراسة تحليلية مقارنة)**. ط1. عمان- الأردن: دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع. 2002.
- الخفيف، علي: **الضمان في الفقه الإسلامي**. دون طبعة. مصر: معهد البحوث والدراسات العربية. 1971.

- الزرقا، مصطفى أحمد: **الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد.** ج2. ط 10. دمشق – سوريا: مطبعة طربين. 1968.

- السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث).** ج 6. دون طبعة. القاهرة- مصر: دار النهضة العربية. دون سنة نشر.

- العدوي، محمد شكري الجمل: **سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني.** ط1. الإسكندرية- مصر: دار الفكر الجامعي. 2008.

- عيد، عادل عبد الفضيل: **البيع بالتقسيط في الاقتصاد الإسلامي.** الإسكندرية- مصر: دار الفكر الجامعي. ط1. 2009.

- فيض الله، محمد فوزي: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام. دون ط. الكويت. دون دار نشر. 1981.

- كرسون، محمد علي: **شبهة الربا وأثرها في عقد البيع والمعاملات المالية المعاصرة.** ط1. الإسكندرية- مصر: دار الفكر الجامعي. 2009.

الكتب القانونية.

- أبو السعود، رمضان: **أحكام الالتزام.** دون ط. الإسكندرية- مصر: دار الجامعة الجديدة. 2004.

- أبو السعود، رمضان: **أحكام الالتزام (دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني).** دون . بيروت- لبنان: دار الجامعية. 1994.

- أبو رحمة، إبراهيم: **المبادئ القانونية لمحكمة التمييز.** ج9. القسم الثاني (د-ي) . دون ط. دون بلد نشر ودار نشر. دون سنة نشر.

- أبو سعد، محمد شتا: **التعويض القضائي والشرط الجزائي والفائدة القانونيـــة**. دون ط. مصر: مطبعة هشام بكفر الشيخ. دون سنة نشر.

- أحمد، إبراهيم سيد: **التعويض الاتفاقي فقهاً وقضاءً**. دون ط. مصر- المحلة الكبـــرى: دار الكتب القانونية. 2005.

- الأهواني، **حسام الدين كامل: النظرية العامة للالتـــزام (أحكـــام الالتـــزام)**. ج 2. دون طبعة. مصر: دار أبو المجد للطباعة. 1996.

- الحسناوي، حسن حنتوش رشيد: **التعويض القضائي في المسؤولية العقديـــة**. دون ط. عمان- الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1999.

- الحلالشه. عبد الرحمن أحمد جمعه: **الوجيز في شرح القانون المدني الأردنـــي (أحكـــام الالتزام)**. ط1. عمان- الأردن: دار وائل للنشر. 2006.

- الحموي، أسامة: **الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله**. ط 1. دمشق – ســوريا: مطبعة الزرعي. 1997.

- الذنون، حسن علي: **شرح القانون المدني العراقي (أحكام الالتـــزام)**. دون ط. بغـــداد- العراق: مطبعة المعارف. 1952.

- الذنون، حسن علي: **المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر)**. ج 1. ط1. عمـــان- الأردن: دار وائل للنشر. 2006.

- الذنون، حسن علي و د. الرحو، محمد سعيد: **الوجيز في النظرية العامة للالتـــزام**. ج2. ط 1. عمان – الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع. 2004.

- السرحان ود. خاطر ، عدنان إبـــراهيم ونـــوري حمـــد: **مصـــادر الحقـــوق الشخصـــية (الالتزامات)**. ط1. عمان- الأردن: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2000.

- السنهوري: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2) نظرية الالتـزام بوجـه عـام .الإثبات – آثار الالتزام** . ط3. بيروت- لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. 2000.

- السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (5) العقود التي تقع على الملكية (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصـلح)**. ط3. بيـروت- لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. 2000.

- السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديـد (1) نظريـة الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)**. مجلد2. ط3. بيروت- لبنان: منشورات الحلبـي الحقوقية. 2000.

- الطباخ، شريف: **التعويض عن الإخلال بالعقد(التطبيق العملي للمسؤولية المدنيـة فـي ضوء القضاء والفقه)**. دون ط. المنصورة- مصر: دار الفكر والقانون. 2008.

- العمروسي، أنور: **أحكام الفوائد في القانون المدني:** ط1. الإسكندرية- مصر: دار الفكر الجامعي. 2003.

- الفار، عبد القادر: **أحكام الالتزام (آثار الحق في القانون المدني)**. ط4. عمان- الأردن: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1997.

- الفار، عبد القادر: **مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المـدني)**. دون ط. عمان- الأردن: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1996.

- الفضل، منذر، **النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني (أحكام الالتزام)**. ج2. ط1. عمان- الأردن: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1995.

- اللبناني، سليم رستم باز: **شرح المجلة**. مجلد1. ط 3. بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية. دون سنة نشر.

- باشا، محمد كامل مرسى: **شرح القانون المدني الجديد (العقود المسماة)**. ج2. ط2. مصر: مطبعة لجنة البيان العربي. 1952.
- جاد الرب، حسني محمد: **التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه**. ط1. الإسكندرية- مصر: دار الفكر الجامعي. 2006.
- حبيب، عادل جبري محمد: **المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية**. ط1. مصر: دون دار نشر. دون سنة نشر.
- حيدر، علي: **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**. مجلد1. دون ط. بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية. دون سنة نشر.
- خلاد، محمد: **الاجتهاد القضائي (المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية من بداية سنة 1986 حتى نهاية سنة 1991)**. ج2. ط1. عمان- الأردن: وكالة التوزيع الأردنية. 1993.
- دواس، أمين: **أحكام الالتزام**. ط1. رام الله- فلسطين: دار الشروق للنشر والتوزيع. 2005.
- دواس، أمين: **مصادر الالتزام (المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة)**. ط1. رام الله- فلسطين: مكتبة دار الشروق للنشر والتوزيع. 2004.
- سعد، نبيل إبراهيم: **النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)**. ج2. دون ط. الإسكندرية- مصر: دار الجامعة الجديدة للنشر. 1999.
- سلطان، أنور: **أحكام الالتزام (الموجز في النظرية العامة للالتزام – دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني)**. دون ط. بيروت- لبنان: دار النهضة العربية. 1980.

- سلطان، أنور: **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)**. ط2. دون بلد نشر: المكتب القانوني. 1998.
- سوار، محمد وحيد الدين، **الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني**. ط1. عمان- الأردن: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1996.
- عبد الرحمن، حمدي: **الوسيط في النظرية العامة للالتزامات**. الكتاب الأول. ط1. القاهرة- مصر: دار النهضة العربية. 1999.
- عرفه، عبد الوهاب: **المسؤولية المدنية في ضوء الفقه وقضاء النقض**. دون ط. مجلد1. الإسكندرية- مصر: المكتب الفني للموسوعات القانونية. دون سنة نشر.
- قزمان، منير: **التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء**. دون ط. الإسكندرية- مصر: دار الفكر الجامعي. 2006.
- كساب، مروان: **الخطأ العقدي**. ط1.دون بلد نشر. دون دار نشر. 2000.
- مكيه، محمود عدنان: **الفائدة موقعها بين التشريع والشريعة وتأثيرها في الحياة الاقتصادية**. ط1. بيروت- لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. 2002.
- منصور، أمجد محمد: **النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)**. ط1. عمان- الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع. 2006.
- يوسف، أمير فرج: **نظرية الالتزامات في القانون المدني**. ط1. الإسكندرية- مصر: منشأة المعارف. 2009.

المجلات والدوريات

- الزرقا والقرى، محمد أنس ومحمد علي: ***التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد***. **مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي.** جدة- المملكة العربية السعودية. المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي- جامعة الملك عبد العزيز. م3/ 1991.

- الزرقا، مصطفى: ***هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟*** **مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي.** جدة- المملكة العربية السعودية: مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي – جامعة الملك عبد العزيز. ع2. م1985/2.

- الضرير، الصديق محمد الأمين: ***الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة***. **مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي.** جدة- المملكة العربية السعودية: مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي – جامعة الملك عبد العزيز. ع1. م1985/3.

- الضرير، الصديق محمد الأمين: ***تعليق على بحث التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد***. **مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي.** جدة- المملكة العربية السعودية. المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي- جامعة الملك عبد العزيز. م5/ 1993.

- حماد، نزيه كمال: ***المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة***. **مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي.** جده- المملكة العربية السعودية: مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي -جامعة الملك عبد العزيز.ع1.م1985/3.

- شعبان، زكي الدين: ***تعليق على بحث الدكتور مصطفى الزرقا هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟*** **مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي.** جدة- المملكة العربية السعودية: مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي – جامعة الملك عبد العزيز. م1989/1.

الأبحاث المنشورة على شبكة الإنترنت.

- الأعرج، موسى: **الفائدة في القانون والقضاء.** بحث منشور على الموقـــع الالكترونـــي **www.lawjo.net** تاريخ 2011/5/15 .
- الخثلان، سعد بن تركي: **الزمن في الديون وأحكامه الفقهية.** بحـــث منشـــور علـــى الموقع الالكتروني **www.saadalkthlan.net** تاريخ 2011/2/26.
- الدخيل، سلمان بن صالح: **التعويض عن الأضرار المترتبة على المماطلة في الديون.** .بحث منشورعلى الموقع الالكتروني **www.saaid.net**تاريخ 2011/3/27.

الرسائل الجامعية:

- أبو ليلى، طارق محمد مطلق: **التعويض الاتفاقي في القانون المدني.**(رسالة ماجســـتير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2007.
- الخصاونه، تالا عقاب: **الأساس القانوني للتعويض (دراسة مقارنة).**(أطروحة دكتوراة غير منشورة). جامعة عمان العربية للدراسات العليا. عمان. الأردن. 2005م.
- شرف، أحمد أسعد: **أحكام المدين المماطل في الفقه الإسلامي.**(رسالة ماجســـتير غيـــر منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس . فلسطين.2001.
- عساف، وائل تيسير محمد: **المسؤولية المدنية للطبيب.** (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الوطنية. نابلس. فلسطين. 2008.
- لفته، نصير صبار: **التعويض العيني.** (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة صـــدام. العراق. 2001.

مواقع الإنترنت

- www.frralawyer.com
- www.hadielislam.com
- www.lawjo.net
- www.lob.gov.jo
- http//muqtafi.birzeit.edu
- www.qanoun.com
- www.saadalkthlan.net
- www.qaradagi.com
- www.saaid.net

An-Najah National University
Faculty of Graduate Studies

The Compensation for Delay in the Execution of Debtor's Obligation (Comparative study)

By

Hazem Thaher Ersan Saleh

Supervised by

Dr . Ali Sartawi

Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the degree of Master of Private law, Development, Faculty of Graduate Studies at An-Najah National University, Nablus, Palestine.

2011

The Compensation for Delay in the Execution of Debtor's Obligation (Comparative study)

By
Hazem Thaher Ersan Saleh
Supervised by
Dr . Ali Sartawi

Abstract

This study aims at investigating the Compensation for Delay in the Execution of Debtor's Obligation represents one of the compensation kinds in the contracting responsibilities. The study of the compensation has two folds , the former is according to the comparative civil law; the later is according the recent Islamic jurisprudence (Feqeh).

In the first fold, the compensation according to comparative civil law is divided into two parts ; the first one is the compensation for delay in the execution of debtor's obligation in general despite of the kind of the obligation which could be not doing or providing something ; the second part is the compensation presented by paying amount of money which is the legal or delay interest which has some kind of relation with the recent Islamic Feqeh entitled procrastinator debtor judgments. So, the study concentrates on the second one which is about the compensation presented by paying amount of money when the debtor deletes his contracting appointment of the payment.

The study including two sections , sub-sections and conclusion ; **the first one** deals with the conception of the compensation connotatively and denotatively , the conditions for its validity according to the contracting responsibility like harmness, fault, reasonable relationship and excuses. Also it deals with agreement, legal and judgment compensation as kinds of

the term. Playability cases of compensation represented by **execution of debtor's obligation** , false execution or delay along with the legal position of the condition of the compensation are discussed in the first sub-section of the first section . The vision of the Islamic Feqeh about this kind of compensation, supporter or opposer to this subject and the disagreement of the civil Arabic comparative laws were discussed in the second sub-section of the study. Also, the three trends of law discussed the subject which are laws that denied taking compensation and the resulted interest , laws that takes the two kinds compensation and interest together and those that take the compensation but denies the interest. These mentioned trends included in Jordanian, Egyptian, Lebanese , Yamane, Kuwaiti, Emirates and Palestinian civil law are discussed in the second sub-section.

The second section investigates the conditions ,laws and the amount of the compensation as a result of delay which are contracting, legal and judgmental .These concepts are included in the first sub-section . However, the distinguishing of the compensation from the other similar legal systems which are threating fine , loan interest and contracting compensation are discussed in the second sub-section of section two.

The conclusion contains the researcher's results and recommendations of the study.